

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 46.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA GARANTIE DE L'ÉVICTION
EN MATIÈRE DE VENTE

DROIT FRANÇAIS

LÉGISLATION DES COURS D'EAU
NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES
CONSIDÉRÉE PLUS SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS
AVEC L'AGRICULTURE ET L'INDUSTRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri DUNAIME

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA GARANTIE DE L'ÉVICTION

EN MATIÈRE DE VENTE

DROIT FRANÇAIS

LÉGISLATION DES COURS D'EAU

NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES

CONSIDÉRÉE PLUS SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC L'AGRICULTURE ET L'INDUSTRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi
7 Juin 1883, à une heure et demie*

PAR

Henri DUNAIME

PRÉSIDENT : M. BOISTEL

SUFFRAGANTS	{	MM. VUATRIN	}	PROFESSEURS
		GARSONNET		
		CASSIN	}	AGRÉGÉS
		JOBBÉ-DUVAL		

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

A MA GRAND'MÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

DROIT ROMAIN



DE LA

GARANTIE DE L'ÉVICTIION

EN MATIÈRE DE VENTE

DROIT ROMAIN

DE LA

GARANTIE DE L'ÉVICTIION

EN MATIÈRE DE VENTE

INTRODUCTION.

Non videtur tradita possessio, si quis eam postea jure avocaverit, dit la loi 3, au Digeste, *De actione empti* (19, 1); et Pothier ⁽¹⁾ paraphrase ainsi ce texte : « L'obligation du vendeur n'est pas entièrement consommée par la tradition de la chose vendue; il demeure, après cette tradition, obligé à défendre et à garantir l'acheteur de toute éviction par rapport à cette chose. » Donc, la délivrance, qui est la première des obligations du vendeur, n'est point effectuée en entier et d'une manière absolue, si l'effet en peut être plus tard mis à néant,

(1) Pothier, *De la vente*, édit. Buguet, p. 38, n° 81. Conf. loi 76, *De evict.*, Dig., 21. 2.

par l'exercice d'un droit plus fort que celui qu'il a concédé.

Ainsi le vendeur doit non-seulement livrer la possession de la chose, mais encore faire que cette possession soit paisible, *vacua*; il doit garantir. Garantir, selon l'expression heureuse de nos anciens coutumiers, c'est *assurer* ou *mettre en garde*. Les trois obligations du vendeur à Rome sont formulées de la manière suivante, par un texte bien connu, la loi 1 princ. au Dig. (*De rerum permutatione*, 19, 4) : *venditori sufficit : ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari dolo malo*.

Or, quand on est tenu de garantir une personne, d'empêcher que sa possession ne soit troublée par autrui, le bon sens indique qu'on ne doit pas la troubler soi-même. Et, par là, il apparaît que l'idée première de la garantie consiste à repousser les attaques du vendeur et des ayants-cause de ceux auxquels l'acquéreur pourrait demander aide et protection contre les tentatives d'autrui. « Qui doit garantir ne peut évincer : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

Nous avons dit que le vendeur doit, en outre, garantir l'acquéreur, contre les entreprises des tiers. Si ces entreprises se manifestent par l'exercice d'une action en justice, le vendeur est, selon Pothier⁽¹⁾, l'*auctor* de l'acheteur, comme le sénat est *auctor legum*, comme le tuteur est *auctor* à l'égard du pupille. Le sens du mot *auctor* se comprend mieux qu'il ne se définit. *Augere*, c'est, suivant les cas, prendre l'initiative d'une chose, compléter une personnalité imparfaite : ici, c'est le fait de venir au secours de l'acquéreur, le protéger et le dé-

(1) Pothier, *loc. cit*, p. 45, n° 103.

fendre contre ceux qui le troublent dans sa paisible jouissance. Si la prétention contraire au droit de l'acquéreur est écartée, la garantie se trouve réalisée, et l'obligation du vendeur cesse. Si, au contraire, cette prétention aboutit, si l'éviction, c'est-à-dire l'enlèvement de la chose en vertu d'une sentence judiciaire se réalise, le vendeur doit à l'acquéreur des dommages-intérêts, basés sur le préjudice qu'il a éprouvé à raison de l'enlèvement de la chose vendue.

Telle est, dans son ensemble, la théorie générale de la garantie. Comme le titre de ce travail l'indique, nous le restreindrons à l'étude de la garantie pour cause d'éviction, laissant de côté une autre garantie que doit aussi le vendeur à son acquéreur : la garantie à raison des vices cachés de la chose. Cette obligation de garantie à raison des vices cachés se confondit d'abord, à Rome, avec la garantie en cas d'éviction résultant de la dépossession; car, les vices cachés troublent, comme l'éviction, la paisible possession de l'acheteur; l'*actio empti*, action générale dérivant du contrat de vente, sanctionnait la garantie à raison des vices cachés, comme la garantie en cas d'éviction. Puis, l'édit des édiles vint apporter des règles plus étroites, à raison de ces vices cachés de la chose vendue, distinguant aussi l'action donnée à raison de ces vices, confondue jusque-là avec celle résultant de l'éviction. Le vendeur qui n'était auparavant responsable, que s'il avait connu les défauts cachés et s'il ne les avait pas déclarés, le fut toujours désormais : « *scire debuit de sanitate*, » dit Cicéron, en parlant d'un marchand d'esclaves (1). Dès

(1) Cicéron, *De officiis*, lib. III, cap. 7.

lors, la théorie de la garantie à raison des vices cachés fut constituée, et se détacha pleinement de la garantie que nous nous proposons seulement d'envisager.

Pour donner aux explications qui vont suivre le plus de clarté possible, nous les grouperons sous la quadruple division suivante.

Dans un premier chapitre, nous examinerons la nature de l'obligation de garantie en cas d'éviction et nous aurons à résoudre le difficile problème qui se formule ainsi : la garantie est-elle divisible ou indivisible?

Dans un second, nous verrons : quelles sont les conditions générales que nécessitent les recours en garantie, et quels en sont les sujets actifs et passifs?

Dans un troisième, nous nous demanderons : par quelles actions le recours en garantie est exercé; quels sont les cas spéciaux d'application et les effets respectifs de chacune d'elles?

Enfin, dans un quatrième et dernier chapitre, nous préciserons quelles sont les causes de cessation de l'obligation de garantie.

CHAPITRE PREMIER.

Nature de la garantie.

L'action en garantie est, selon les explications données plus haut, l'action que l'acquéreur intente contre le vendeur ou ses ayants-cause, pour l'obliger, soit à le défendre contre la prétention d'un tiers, soit, à défaut de défense, à l'indemniser en cas d'éviction. L'exception est le moyen de défense par lequel l'acquéreur repousse la prétention du vendeur ou de ses ayants-cause sur la chose vendue. Quelle est la nature de l'obligation de garantie envisagée sous cette double face? Est-elle divisible ou indivisible? Pour nous faire mieux comprendre, prenons un exemple. Primus a vendu le fonds Sempromien d'une contenance de 500 *jugera* à Secundus. Il meurt, laissant pour héritiers Tertius et Quartus. Mœvius revendique le fonds vendu. Secundus appelle en garantie Tertius et Quartus, et Tertius seul comparait. Si l'action en garantie est indivisible, il ne se libérera pas en faisant maintenir Secundus en possession pour 250 *jugera*; il devra lui garantir la libre possession des 500; il sera tenu de défendre pour le tout. Au contraire, si l'action

est divisible, il se libérera, en faisant maintenir à Secundus la possession des 250 *jugera*. Voilà pour l'action.

Passons à l'exception. Il se trouve que Primus, le vendeur, avait vendu à Secundus le fonds Sempronien, appartenant à Mœvius l'un de ses héritiers. Il décède laissant Mœvius et Titius institués pour parts égales. Si l'exception de garantie est indivisible, Mœvius ne pourra revendiquer aucune partie du fonds aux mains de Secundus ; si elle est divisible, il pourra réclamer la moitié, et sera écarté pour l'autre moitié seulement.

Voilà les hypothèses pratiques dans lesquelles se souève le problème. On remarquera ici que nous avons mis en scène l'acquéreur et les héritiers du vendeur ; on pourrait faire la même espèce à l'égard de plusieurs vendeurs et d'un acquéreur unique. Mais ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que, entre le vendeur primitif et l'acquéreur, on n'a pas à se demander si l'obligation est ou non divisible, car elle doit s'exécuter, comme si elle était indivisible. Ceci dit, abordons la discussion.

Sur ce point, les théories les plus diverses ont été émises, et, depuis la divisibilité complète jusqu'à l'indivisibilité absolue, tous les systèmes ont été soutenus.

La doctrine classique de nos anciens auteurs ⁽¹⁾ considérait l'obligation de garantie comme indivisible, et l'exception comme divisible.

Quels sont les arguments donnés à l'appui de ce système ?

(1) Dumoulin, *Tractatus de div. et individ.*, pars II, nos 487 et suiv. ; Pothier, *loc. cit.*, nos 103 et 174.

On fait remarquer d'abord, au point de vue de la logique pure, que l'action ne peut être divisible, parce que tout fait est indivisible de sa nature. Quand je plaide, je plaide pour le tout ou point du tout; je fournis des arguments ou je n'en fournis pas; il n'y a pas de milieu. Au surplus, quand même on concevrait une défense partielle, il est certain que les parties n'ont pu vouloir, en contractant, admettre la possibilité d'une semblable solution. Dans l'exemple que nous avons choisi plus haut, l'acquéreur a acheté le fonds Sempronien, en entier, et non pas les 500 *jugera* qui le composent. Le morcellement de ce fonds n'a pu être admis par lui; donc chaque cohéritier ne peut satisfaire à l'obligation de garantie, qu'en défendant pour le tout.

Arrivent-ils, au contraire, à l'exception de garantie, nos anciens auteurs la déclarent en général divisible, parce que chaque héritier du vendeur ne succède aux obligations du *de cujus*, que dans la mesure de sa part héréditaire; chaque héritier n'est débiteur du fonds que dans la mesure de ce qu'il recueille dans la succession. Si la livraison n'avait pas eu lieu, il se serait libéré en livrant les 250 *jugera*; donc il ne saurait être tenu plus étroitement de l'obligation de garantie qui n'est que la suite, la conséquence de l'obligation de délivrance, et qui partant ne saurait avoir plus d'étendue que cette première obligation.

Comme on le voit, nos anciens auteurs posent en principe que l'action en garantie était indivisible d'une double indivisibilité. Elle était indivisible *naturâ seu contractu et obligatione*. Et si nous appliquons à leur idée la terminologie moderne, nous dirons que, suivant eux, l'action en

garantie est indivisible à la fois naturellement et intentionnellement (1).

Examinons cette théorie, au point de vue des principes.

Il faut, en matière d'indivisibilité distinguer entre les obligations qui tendent à un *dare* (transférer la propriété) ou à un *facere*. Pour les premières la divisibilité est la règle, et l'indivisibilité l'exception. Cela va de soi pour les choses de genre. Il en est de même eu égard aux corps certains, car ces objets composent une propriété partielle; on peut être propriétaire pour moitié, pour un quart d'un esclave, d'un cheval, etc..... Mais, il peut y avoir des obligations de *dare* indivisibles : par exemple, l'établissement d'une servitude de passage. La règle est inverse pour les faits : pour eux, la divisibilité est l'exception, et l'indivisibilité la règle. Je m'oblige à faire tant de mètres cubes de maçonnerie : voilà un fait divisible; mais, au contraire, je m'engage à faire un voyage à Capoue; voilà un fait indivisible : car j'irai à Capoue tout à fait ou je n'irai pas du tout, et si je vais jusqu'à moitié chemin, je n'aurai rien accompli en réalité. Or, la raison indique que cette impossibilité de scinder un fait sera la règle, et que, par suite, en thèse générale, les faits seront indivisibles. Quoi qu'il en soit, dans le doute, que présumer? Le critérium suivant peut servir de guide : *Un fait sera indivi-*

(1) Pothier et Dumoulin émettant une théorie à peu près généralement suivie à leur époque, admettaient trois espèces d'indivisibilité : 1^o l'indivisibilité *naturâ seu contractu*, c'est-à-dire l'indivisibilité absolue provenant de la nature des choses et révélée par le contrat lui-même; 2^o l'indivisibilité *obligatione*, résultant du point de vue spécial sous lequel les parties avaient, en contractant, envisagé l'objet du contrat; 3^o l'indivisibilité *solutione* qui n'avait trait qu'à l'impossibilité d'effectuer un paiement divisé, l'obligation étant du reste parfaitement divisible à tous les autres points de vue.

sible ou divisible selon que l'on pourra retirer ou non une utilité de son exécution partielle, et selon que les parties auront entendu ou non qu'il pût s'exécuter pour partie.

Or, pourra-t-on retirer une utilité de la défense partielle? Le fait de défendre est-il, en d'autres termes, indivisible? Sur ce point, nous estimons que l'on doit se prononcer pour la négative. Il a été démontré d'une manière satisfaisante, croyons-nous, que le fait de défendre se concevait parfaitement divisé, et que l'on pouvait retirer une utilité d'une défense partielle : « Si, dans un procès en revendication, intenté par un tiers, je parviens à faire maintenir l'acquéreur en possession pour la moitié, le quart, le tiers, en prouvant, par exemple, que mon auteur avait usucapé cette moitié, ce quart, ce tiers, est-ce que je ne défends pas pour partie dans cette hypothèse? On dit qu'un argument est indivisible, et qu'en le faisant valoir, par la force même des choses, on le fait valoir pour le tout ou pour rien. Sans doute, nul ne le conteste, qui a jamais songé à scinder un argument? Mais ce n'est point de l'argument pris isolément qu'il s'agit; c'est de la défense qui est éminemment divisible, parce qu'on peut appliquer l'argument tout entier au maintien de la possession de la part pour laquelle on défend (1). » Nous croyons que ce raisonnement est exact; on peut affirmer *à priori*, comme paraissent le faire nos anciens auteurs, qu'un fait est indivisible parce que c'est un fait; il faut le scruter en lui-même, l'analyser et voir si son exécution partielle ne sera point utile au créancier; or, il est certain qu'ici elle lui sera avantageuse, puisqu'elle

(1) Mérignac, *De la garantie, France judiciaire*, 1884, 1^{re} partie, p. 117.

le fera maintenir en possession de la moitié du fonds Sempronien. Le fait de défendre est donc divisible *naturé*.

Mais faut-il croire qu'il est également divisible intentionnellement, d'après la volonté des parties? Ici nous nous prononcerons pour la négative. Lorsque l'acquéreur acquiert le fonds Sempronien, ce ne sont pas tant les 500 *jugera* qui le composent qu'il a en vue, que l'ensemble du domaine dans son intégralité. Les projets qu'il compte réaliser ne peuvent aboutir que s'il a ce domaine en entier; et si on lui en enlève la moitié, il est certain que le but qu'il a poursuivi en contractant ne sera pas atteint.

A ceci l'on objecte, que lorsque l'on se trouve en présence de plusieurs vendeurs, ou de plusieurs héritiers d'un vendeur unique, on ne saurait prétendre que l'obligation de garantie ne se divise point; car il faut appliquer la règle que les obligations se divisent de plein droit entre les contractants et leurs héritiers, s'il n'y a convention contraire. Oui, sans doute, telle est la règle, si cette convention contraire n'existe pas. Or, il n'est pas nécessaire qu'elle soit expresse, et, si on l'admet tacitement, elle aura autant de force qu'une stipulation expresse; or, l'intention de l'acheteur, quand il a contracté, a été d'avoir le fonds pour le tout, et, par conséquent, d'imposer l'obligation de garantie pour le tout. C'est là, croyons-nous, un point de vue qui réunit des textes. Pour les examiner avec plus de soin, distinguons entre l'action et l'exception de garantie.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'action en garantie, elle a trait, nous l'avons vu, à deux chefs : la défense, ce qu'en droit français on appelle la prise de fait et cause, et les dommages-intérêts dus, si cette défense

n'a pas été réalisée, s'il y a eu éviction. Les dommages-intérêts sont naturellement divisibles, comme toute somme d'argent; mais la défense est indivisible pour les jurisconsultes.

La loi 39, § 2 (Dig., *De evict.*), examine le cas où une vente a été faite par plusieurs vendeurs, avec assignation de parts. Chacun est tenu de l'action en garantie pour sa part, et la raison en est toute naturelle; la vente avec assignation de parts comprend en réalité autant de ventes qu'il y a de parts déterminées. Mais, supposons qu'il n'y ait point eu assignation de parts; faudra-t-il donner une solution identique? On l'a dit et on a voulu tirer de la loi 39 un argument d'analogie. C'est bien plutôt un argument *a contrario* qu'il en faut déduire. Le texte dit, en effet : Si vous êtes attaqué, « *ex besse quem a me acceperas, Titius* (l'autre vendeur) *non tenebitur.* » Or, quand peut-on dire que vous avez reçu, d'un des vendeurs seulement, telle partie du fonds, vendu par plusieurs personnes? C'est uniquement dans le cas où vous avez acheté avec assignation de parts. Dans le cas contraire, vous avez acquis une chose indivise entre plusieurs, et dont le partage seulement pouvait déterminer les droits respectifs. Or, ce partage n'a pas eu lieu; donc, tous les vendeurs ont transmis leurs droits indivis sur la chose, et, comme conséquence, ils sont tous tenus de défendre pour le tout, parce qu'il est impossible de déterminer quelle part distincte a été transmise par chacun d'eux. La loi 39 fournit donc un argument *a contrario* puissant, et montre que la vente d'une chose indivise, consentie par plusieurs vendeurs, crée une indivisibilité conventionnelle qui oblige chaque vendeur à défendre l'acquéreur pour le tout.

La même solution doit être admise, au cas où il s'agit de plusieurs héritiers d'un vendeur unique. Ici, les textes sont plus explicites en faveur de l'opinion que nous adoptons. Paul, dans la loi 85, § 5 au Digeste (45, 1), dit : « *In solidum agi oportet, et partis solutio adfert liberationem; cum ex causâ evictionis intendimus, nam auctoris heredes in solidum denunciandi sunt; omnesque debent subsistere et, quolibet defugiente, omnes tenebuntur; sed unicuique pro parte hereditaria præstatio injungitur.* » Il faut mettre tous les héritiers en cause, dit le texte : la dénonciation du trouble doit être faite *in solidum*. Pourquoi? Parce que, l'obligation étant indivisible, la sentence prononcée contre un seul devait avoir l'autorité de la force jugée à l'égard de tous. Donc, tous étant en cause, si un seul venait à défaillir, tous étaient responsables; et les autres auraient eu beau défendre pour leur part, le résultat était le même; car, la défense, devant être intégrale, ne pouvait être divisée. Maintenant les héritiers, vaincus dans l'instance, devront des dommages-intérêts; or, ici il s'agit d'une somme d'argent qui est chose éminemment divisible. Donc, chacun ne sera tenu que pour sa part héréditaire : *unicuique pro parte hereditaria præstatio injungitur*. La dette de dommages-intérêts se divisait donc : mais ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'elle était encourue pour partie par tous les héritiers, par le fait seul que la défense n'avait pas été effectuée en totalité : ce qui affirme, d'une façon indéniable, l'indivisibilité de la défense. Si, en effet, la défense avait été divisible, il en serait résulté qu'un seul héritier défendant, pour sa part, n'aurait pas encouru de dommages-intérêts. Eh bien! non; un seul ne défendant point, tous devront des dom-

mages-intérêts dans la mesure de leur part héréditaire ! Cette interprétation de la loi 85 est confirmée par la loi 62 au Digeste (*De evict.*), où il est dit : « *Una de evictione obligatio est, omnibusque denunciari et omnes defendere debent; si et industriâ non venerint in iudicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denunciationis vigorem et prædictam absentiam, omnibus vincit aut vincitur; rectèque cum cæteris agam quod evictionis nomine victi sunt.* »

Ainsi l'obligation de garantie est *una*; elle ne peut être scindée, elle est indivisible. Aussi, à raison de cette indivisibilité est-il impossible d'actionner séparément un seul des cohéritiers; il faut les mettre tous en cause, parce que tous réunis pourront acquitter *in solidum* l'obligation, tandis qu'un seul l'exécuterait vainement pour sa part, puisqu'elle est indivisible. Et maintenant, si un seul comparet et que les autres fassent défaut, le premier les représente tous. Ou il défend *omnibus*, c'est-à-dire dans la mesure où tous auraient défendu et alors il les libère tous; ou il ne peut défendre dans cette mesure, et alors tous sont réputés vaincus; le jugement est opposable à tous *propter denunciationis vigorem*; on peut demander à tous leur part de dommages-intérêts, selon la règle de la loi 85, § 5, précitée. Ainsi le bon sens indique que de la loi 62, il résulte qu'on ne peut défendre pour partie : car, si cela était possible, le jurisconsulte ne dirait pas *omnibus vincit aut vincitur*, mais *sibi vincit aut vincitur*.

On a essayé de réfuter l'argument tiré de cette loi, en disant qu'il n'y avait nullement là un cas d'indivisibilité; mais une situation particulière résultant de ce que la *denunciatio* devait être faite *in solidum*, d'un appel commun adressé à tous les défendeurs, créant une mise

en cause commune, ayant pour effet de rendre le jugement commun à tous, que l'issue en eût été favorable ou défavorable (1). En admettant ce raisonnement, on ne s'explique pas pourquoi un cohéritier défendant pour sa part, n'aurait pas été libéré des dommages-intérêts; cette libération aurait été, en effet, le résultat forcément obtenu par l'application des principes de la divisibilité. Sans doute, les défaillants auraient dû subir les effets du jugement, à raison de la *denunciatio in solidum*; mais, celui d'entre eux, qui aurait défendu pour sa part, aurait vaincu *sibi*, et aurait été par là même affranchi de tous dommages, ce que le texte déclare impossible : *omnibus vincit aut vincitur*.

On a donné, de cette *denunciatio in solidum*, une autre explication qui ne nous paraît pas plus suffisante. La loi 62, a-t-on dit, comme du reste les autres textes, qui attireront ultérieurement notre attention, et où il sera question d'indivisibilité de la garantie, se réfère à la *stipulatio duplæ* : c'est-à-dire à cette stipulation, dont il sera question plus tard, et par laquelle les parties convenaient qu'en cas d'éviction le double du prix de vente serait toujours dû à l'acquéreur. Or, cette *stipulatio duplæ*, jouant le rôle d'une clause pénale, aurait, comme telle, rendu indivisible l'obligation de garantie à laquelle on l'adjoignait (2). Ainsi, l'action en garantie ne serait plus indivisible à raison de la volonté des parties, en tant que le morcellement de la chose vendue serait contraire à leur intention; mais, à raison du fait extrinsèque de l'adjonction de la *stipulatio duplæ*. Nous n'a-

(1) Mérignac, *loc. cit.*

(2) Eyssautier, *Revue critique*, 1857, II, p. 348 et suiv.

vons pas à discuter ici la question de savoir si la clause pénale rend indivisible l'obligation à laquelle on l'ad-joint; car, pour nous, ce n'est pas sur ce terrain que la discussion doit être portée. La *stipulatio duplæ* est encourue, on le verra plus tard, quand l'éviction est commencée : c'est-à-dire, à une époque où l'obligation de défendre est devenue impossible. Or, il est manifeste que la loi 62, proclamant l'indivisibilité de la défense, ne peut avoir trait à la *stipulatio duplæ*, puisque cette *stipulatio* n'est point encore encourue. Le vrai sens de la loi 62 est donc que la défense est indivisible en elle-même, à raison de la volonté présumée des parties, et non à raison d'une circonstance extrinsèque. Maintenant, si on ne peut plus défendre, quand les dommages-intérêts seront dus, à la suite de l'éviction, la *stipulatio duplæ*, qui aura été insérée, jouera le rôle qu'il appartiendra : c'est un point dont nous n'avons pas à nous occuper présentement.

Cette manière d'interpréter la loi 62 se trouve confirmée par un autre texte, qui est, nous paraît-il, encore plus probant : la loi 139 (D. *De verb. oblig.*, XVI, 1).

Une vente a été faite avec *stipulatio duplæ* en cas d'éviction. L'acheteur menacé met tous les cohéritiers en cause, au moyen de la *denunciatio in solidum* : « *Omnes, dit le texte, debent subsistere, et, quolibet defugiente, cæteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est.* » D'où la défense doit avoir lieu *in solidum*, parce qu'elle est indivisible ! Il semble que la loi ne puisse être plus formelle. On a cependant cherché à la faire cadrer avec la théorie de la divisibilité, au moyen d'une explication ingénieuse. Le jurisconsulte y viserait le cas

de vente d'une chose indivisible. Or, il est certain que la garantie, appliquée à une chose indivisible, est indivisible comme l'obligation de livrer elle-même. On fait remarquer, à l'appui de cette idée, que ce que la loi qualifie d'*indivisa*, ce n'est pas la garantie, mais la vente elle-même, *venditio*. Or, on ne peut dire qu'une vente est indivisible qu'à raison de l'objet auquel elle se rapporte; autrement, cela n'aurait pas de sens. Aussi s'agirait-il, dans le cas de la loi 139, de la garantie due à propos d'une chose indivisible *naturâ*, et voilà pourquoi la défense serait déclarée indivisible (1). Cette supposition est arbitraire et le texte ne l'autorise pas. Quand il dit « *venditio defendenda est*, » cela veut dire, tout naturellement, que l'on se préoccupe de la vente en tant qu'engendrant l'obligation de défendre, et, quand il ajoute *indivisa est*, c'est de la *venditio defendenda* qu'il parle; c'est-à-dire, toujours de la vente considérée comme entraînant la nécessité de la défense. C'est donc bien cette défense que vise le texte et qu'il déclare indivisible.

Ainsi, de l'intention des parties consacrée par les textes, il résulte que l'obligation de défendre est indivisible; que l'action en garantie, en tant qu'elle oblige à prévenir l'éviction, s'impose à chaque héritier pour le tout.

Maintenant si l'éviction se réalise et si les dommages-intérêts succèdent à l'obligation de défendre, ils sont divisibles, comme toute somme d'argent; c'est ce qu'affirment soit la loi 139 *in fine*, soit les autres textes que nous avons cités plus haut (2).

(1) Mérygnac, *France judiciaire*, 1884, 1^{re} partie, p. 417.

(2) En ce sens : Accarias, *Précis de droit romain*, II, 447, note 4.

Quand on a abouti à cette conséquence que l'obligation de défendre était indivisible, à raison de l'intention des parties, on a par là même démontré qu'on n'a pas à se préoccuper du point de savoir si l'objet vendu est ou non divisible. S'il est indivisible, en effet, dans tous les systèmes, il faut défendre pour le tout; s'il est divisible, alors apparaît l'utilité de notre doctrine déclarant la garantie indivisible sous la forme de l'action.

Il semble que la logique doit conduire à ce résultat : que la garantie, invoquée sous la forme de l'exception, doive être aussi indivisible; car, si l'intention des parties a été que l'obligation de défendre ne pût se réaliser divisément, à plus forte raison cette indivisibilité doit-elle s'imposer à l'un des vendeurs ou à un des cohéritiers qui prétendrait évincer l'acquéreur pour partie, sous prétexte qu'il n'est garant que pour une part de la chose vendue, ou pour sa part héréditaire? Il résulte, en effet, de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, que si les covendeurs ou les cohéritiers peuvent être repoussés par l'exception de garantie, c'est parce qu'ils sont tenus, le cas échéant, de l'action. Donc, ils doivent être tenus de respecter les droits de l'acquéreur, dans la mesure où ils doivent le garantir, c'est-à-dire pour le tout.

Et, en effet, il ne paraît pas qu'on ait jamais contesté que l'exception ne peut être opposée pour le tout, à l'un des vendeurs. Tout le monde admet cette solution, soit pour la raison que nous venons d'indiquer, soit pour ce motif, que le contrat de vente étant de bonne foi, il y avait un dol de la part d'un des vendeurs, à réclamer partie d'une chose que la convention par lui consentie

l'obligeait à transmettre à l'acquéreur sans réserve aucune ⁽¹⁾.

Mais, si nous examinons la question par rapport aux héritiers d'un vendeur unique, nous nous trouvons en présence d'une décision formelle consacrant l'opinion opposée. C'est la constitution 14, au Code (*De rei vindic.*, 3, 32). Vous achetez à une mère, une maison que vous savez appartenir à son fils; si ce fils ne succède pas à sa mère, vous ne pouvez l'écarter par l'exception de garantie; s'il succède, vous ne pouvez l'écarter que dans la mesure de sa part héréditaire.

Ce texte est confirmé par la constitution 14 au Code (*De evict.*, 8, 45). Cette dernière constitution, qui est de l'empereur Gordien, est de l'année 240. Quant à la première, elle fut rendue en l'année 293 par les empereurs Dioclétien et Maximin.

Comment expliquer la décision consacrée par ces textes? Nos anciens auteurs, Pothier et Dumoulin ⁽²⁾, formulent, pour la justifier, les raisons que nous avons déjà données plus haut : l'héritier ne succède aux obligations du *de cuius* que dans la mesure de sa part héréditaire; car, c'est une règle qui remonte à la loi des XII Tables que les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers. Or, si la livraison n'avait pas eu lieu, ils auraient été libérés en livrant partie de la chose vendue qu'on suppose divisible : on ne peut donc les repousser par l'exception, que dans la mesure de ce qu'ils auraient dû livrer.

(1) Mérygnac, *loc. cit.*

(2) Dumoulin, *loc. cit.*, II, p. 499 et suiv.; Pothier, *loc. cit.*, n^{os} 104 et suiv.

Cette justification ne paraît guère concluante; car, pour que la question de garantie se pose, il faut supposer la tradition effectuée, puisqu'il ne saurait être question de garantir que ce qui a été livré. Sans doute, si la délivrance n'avait pas eu lieu, les héritiers n'auraient été tenus de l'accomplir que dans la mesure de leur part héréditaire; mais, cette division possible de l'obligation de livrer, l'acheteur a pu la prévoir, lorsqu'il a contracté, puisqu'il a dû prévoir l'éventualité de la mort de son vendeur; la délivrance divisée est donc un accident qu'il envisage, par le fait même qu'il contracte. Toute autre est la question de garantie. L'acheteur n'a pu s'attendre à la division de la garantie, parce que, dans son esprit, la garantie est indivisible, et qu'une défense partielle manquera le but qu'il a voulu atteindre. Tant que la chose n'est pas livrée, il peut se contenter de livraisons partielles qu'il accommodera, tant bien que mal, aux usages qu'il avait en vue, en acquérant la chose.

Mais, au contraire, quand la chose a été délivrée en entier, quand il lui a donné une destination en rapport avec son étendue, le bon sens indique que l'acquéreur compte désormais sur la paisible possession de la chose vendue, et qu'il ne s'attend plus à une garantie partielle, comme il s'attendait peut-être à une délivrance partielle; pour la même raison qu'on doit le défendre, on ne peut l'évincer pour partie. Aussi quelques auteurs de notre ancien droit avaient-ils fait bon marché des constitutions précitées, et déclaraient l'exception indivisible comme l'action (1).

Au point de vue du droit romain, il est certain que

(1) *Vide notam* Cocheri : *Consultatio*, XL, VI.

nous devons tenir compte des constitutions que nous venons d'indiquer, et il ne faut pas hésiter à dire, que depuis l'époque où elles ont été rendues, l'exception de garantie est devenue divisible. Mais l'était-elle auparavant? C'est ce dont on peut douter. Le Digeste est, croyons-nous, muet sur la question; peut-être, parce que les décisions qui consacraient l'indivisibilité de l'exception comme celle de l'action ont été, à dessein, retranchées par les compilateurs de Justinien, afin de ne pas affaiblir l'autorité des constitutions du Code : mais, ce ne sont là que des conjectures.

En résumé, on aboutit à cette conclusion : que l'action en garantie est indivisible en tant qu'elle a trait à la défense ⁽¹⁾. Au contraire, les dommages-intérêts dus, à la suite de l'éviction, se divisent de plein droit, entre les divers débiteurs de la dette de garantie. Enfin, s'agit-il de l'exception, chaque vendeur est tenu pour le tout; mais chaque héritier ne peut être repoussé par elle que dans la mesure de sa part héréditaire, solution peu conforme à la logique, mais que commandent impérieusement les sources.

(1) *Sic* Cujas qui ne se préoccupe que de ce point.

CHAPITRE II.

Quelles sont les conditions générales du recours en garantie? Quels en sont les sujets actifs et passifs.



SECTION I.

Conditions générales du recours en garantie.

Tant qu'il n'est pas troublé dans sa paisible jouissance, quelles que soient ses craintes, l'acquéreur ne peut agir contre son vendeur. Ainsi s'il découvre qu'on lui a vendu la chose d'autrui, ou qu'une hypothèque grève le fonds vendu, l'obligation de garantie ne peut être par lui ramenée à effet, bien que l'éviction puisse être la conséquence de cette constitution d'hypothèque, ou de cette vente de la chose d'autrui (Const. 3, C. 8, 45, *De evict.*).

Si l'acheteur pouvait cependant établir que le vendeur a été de mauvaise foi, il pourrait agir, non en invoquant l'obligation de garantie, mais en s'appuyant sur la violation de l'obligation de « *purgari dolo malo*, » qui résulte de la vente. Mais si le vendeur n'avait pas été de mauvaise

foi, s'il avait vendu la chose d'autrui, *ignorans*, l'acheteur ne pourrait même se refuser à payer le prix, quoiqu'ayant appris que son vendeur n'était pas propriétaire. Il ne pourrait refuser de payer, que s'il y avait eu contre lui une action intentée en justice : « *domini quæstione motâ* » (Vat. fragm. § 12. Const. 24, C. *De evict.*).

De là, il résulte que la vente de la chose d'autrui était possible à Rome, tandis qu'elle est prohibée en droit français (art. 1599 C. Civ.). Mais il ne faudrait pas exagérer la différence. Si le vendeur a livré la chose de bonne foi, et qu'il n'y ait pas de menace d'éviction, le droit romain ne permet pas d'agir contre lui : on oblige l'acquéreur à attendre, car son titre sera peut-être consolidé, à bref délai, par l'usucapion dont les délais étaient très courts à Rome. C'est dans ce cas seulement que la vente n'oblige pas à transférer la propriété. En effet, le vendeur, n'étant pas propriétaire, se libère en livrant ce qu'il a, tous ses droits sur la chose : c'est-à-dire la simple possession. Voilà donc la différence avec le droit français. Chez nous, l'acquéreur pourra agir contre le vendeur, dès qu'il apprendra que la chose est à autrui, il pourra exiger qu'on le tire immédiatement de cette inquiétude, et qu'on lui assure la propriété de l'objet vendu ou qu'on l'indemnise. Les délais de l'usucapion sont, en effet, chez nous, beaucoup plus longs qu'à Rome, et il était matériellement impossible d'obliger l'acquéreur à rester aussi longtemps dans l'incertitude.

Mais là s'arrête la différence : car il est impossible d'admettre, avec certains interprètes, qu'à Rome, le vendeur fût tenu seulement de transférer la possession à l'acheteur, et non la propriété, s'il était propriétaire.

En effet, le vendeur devait « *tradere possessionem*, ob

evictionem se obligare, purgari dolo malo » (L. 1 pr., D. *De rei permutatione*, 19, 4). Or, cette troisième obligation qui est, en quelque sorte, le résumé des deux premières, imposait au vendeur le devoir de se comporter avec bonne foi, dans l'exécution du contrat de vente. De là il résulte, qu'étant obligé de transporter à l'acquéreur tous les droits qui lui appartenaient, il devait lui transférer la propriété, quand il était propriétaire. Il faut remarquer, en ce sens, que les textes, qui imposent seulement l'obligation de procurer à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue, se réfèrent à l'hypothèse où le vendeur n'était pas propriétaire, et ils en arrivent tous à cette idée que nous avons indiquée plus haut, et qui est incontestable; à savoir, que tant qu'on n'est pas menacé d'éviction, on ne peut fonder un recours en garantie sur le simple fait que le vendeur n'était pas propriétaire ⁽¹⁾. Au contraire, d'autres textes supposent, de la façon la plus formelle, que le vendeur était tenu, quand il était propriétaire, de transférer la propriété. Deux textes célèbres peuvent surtout être invoqués, à l'appui de cette idée. Gaius, au § 131 de son commentaire IV, suppose que l'on peut agir en vertu de l'action *ex empto*, afin de se faire manciper la chose vendue : « *Ea res agatur de fundo mancipando.* » On a bien essayé d'interpréter ce texte, en supposant que les parties avaient, lors de la vente, ajouté un pacte spécial pour obliger l'acquéreur à transférer la propriété; mais, c'est là une supposition arbitraire, et que combat la généralité du texte. Au surplus, Paul est aussi formel : « *Venditor cogi potest ut mancipet.* » Enfin, le Digeste contient aussi des textes qui cadrent parfaite-

(1) Accarias, *Contrats innommés*, page 137.

ment avec cette théorie; et notamment la loi 80, § 3 (*De contrah. empt.*, 18, 1) dispose formellement qu'on ne peut faire une vente contenant la condition expresse ou tacite que la propriété ne passera pas à l'acquéreur.

Ainsi, si le vendeur a été de mauvaise foi, en vendant la chose d'autrui, l'acquéreur peut le poursuivre immédiatement, non pas en garantie, (ce qui suppose une menace d'éviction,) mais à raison de ce fait que le vendeur n'a pas rempli son obligation de s'abstenir de tout dol. Si le vendeur est propriétaire, toujours en vertu de la même idée, l'acquéreur agira contre lui pour se faire transférer la propriété. Enfin, si le vendeur a vendu, de bonne foi, la chose d'autrui, ou une chose que grevait un droit réel, l'acquéreur ne peut agir, quelques craintes qu'il éprouve, avant d'avoir été troublé dans sa possession.

Mais, dès que se produit une menace d'éviction, dès qu'un tiers attaque le droit de propriété de l'acquéreur, *motâ dominii controversâ*, en se prétendant soit propriétaire, soit investi d'un droit réel sur la chose, alors apparaît le premier devoir du vendeur réalisant le premier chef de la garantie. L'obligation de défendre doit être exécutée, et l'acquéreur peut appeler en cause son vendeur, dès qu'il est troublé dans sa jouissance (74, § 2, D., *De evictione*, 21, 2).

Il faut, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas d'un trouble de fait (car, en cette hypothèse, l'acheteur doit se défendre lui-même), mais d'un trouble de droit occasionné par une action en justice : « *Motâ dominii quæstione ad rem defendendam venditor conveniri potest*, » dit la loi 74, § 2 (D., *De evict.*, 21, 2).

Sitôt qu'il est ainsi troublé dans sa possession, l'ac-

quéreur doit immédiatement appeler son vendeur en garantie, en lui dénonçant le trouble. S'il ne dénonce point le trouble, il perd tout droit à des dommages-intérêts en cas d'éviction; et cela, bien qu'il prouve que son vendeur mis en cause aurait succombé comme lui. Telle est la décision formelle de la Const. 8 au Code (*De evict.*, 8, 45); et la loi 53, § 1 (D., *De evict.*, 21, 2) qui paraît tout d'abord opposée à cette manière de voir, ne consacre, en réalité, qu'une opinion particulière du jurisconsulte Paul, son auteur.

La dénonciation est faite, soit au vendeur, soit à son représentant (l. 55, § 1, Dig., *loc. cit.*); s'il y a plusieurs personnes tenues de l'obligation de défendre, elle est faite, comme on l'a vu, à tous *in solidum*. On n'avait point indiqué de délai prefix, dans lequel on fût tenu de l'effectuer, et l'acheteur jouissait, à cet égard, d'une latitude absolue, mais à la condition que le vendeur eût eu un laps de temps suffisant pour préparer ses moyens de défense : « *Ne propè sit condemnationem*, » dit la loi 29, § 3 (D., *loc. cit.*).

Ainsi interpellé, le vendeur devait comparaître, ainsi que l'indiquent les textes que nous avons cités dans le chapitre premier : *Subsistere debent*.... Si le vendeur prenait le fait et cause de l'acquéreur, celui-ci s'effaçait devant lui; et s'il ne le prenait pas, s'il s'abstenait de comparaître, l'acquéreur devait néanmoins se défendre pour conserver son droit à des dommages-intérêts. S'il ne se défendait pas, en effet, tout recours en cas d'éviction cessait à son détriment, et cela que le vendeur fût absent, ou, qu'étant présent, il fit défaut.

Le vendeur pouvait donc défendre lui-même à la place de l'acquéreur, et, se substituant à lui, *præstare aucto-*

ritatem, selon l'expression des sources. Il pouvait aussi lui indiquer un moyen de faire repousser la demande, tel que l'usucapion contre la revendication, ou la *præscriptio longi temporis*, contre l'hypothèque (L. 54 pr., Dig., et 19, Cod., *De evictione*). Il pouvait aussi lui enjoindre de se défendre par la Publicienne. Dans tous ces cas, l'acquéreur ne pouvait agir à sa guise, mais devait strictement suivre la ligne de conduite tracée par le vendeur, sous peine de perdre tout recours en cas d'éviction; car elle était alors imputable à son imprudence. On réputait qu'il y avait dol de sa part à ne pas suivre les indications du vendeur (L. 66 pr., *De evict.*).

De même, l'acquéreur devait aussi se conformer aux conditions de sa possession, et ne pas négliger d'usucaper quand il le pouvait (L. 34, D., et 56, § 3, *De evict.*).

Mais il fallait que la ligne de conduite tracée par le vendeur fût sérieuse, et qu'il n'ait pas indiqué un moyen de nature à différer l'éviction, et non à l'empêcher définitivement de se produire : aussi il ne pouvait prétendre avoir utilement défendu l'acheteur en l'avertissant d'intenter l'action Servienne, puisque le triomphe de cette action démontrait qu'on avait sur la chose un simple droit de gage pouvant disparaître par le paiement, et insuffisant pour empêcher l'éviction (L. 66 précitée).

Aucune faute ne devait donc être imputable à l'acquéreur, dont les obligations, comme on le voit, étaient fort strictes. Devait-il, après s'être défendu devant le juge, interjeter appel de la sentence qui le condamnait, à peine de perdre tout recours? Si le vendeur avait été présent à l'instance, il devait appeler lui-même, s'il le jugeait convenable, et ne pouvait, s'il n'agissait pas, rendre l'acquéreur responsable. Mais si le vendeur était absent, un

ancien auteur ⁽¹⁾ propose la distinction suivante : Si la sentence paraissait équitable, l'acquéreur n'était pas en faute de n'en point appeler ; il devait le faire, si elle paraissait injuste. Cette solution s'appuie sur la loi 11, § 12 (D., *De act. empti*, 19, 1), de laquelle il résulte que l'acquéreur d'un esclave qui a été évincé, par suite du *judicium noxale*, peut agir en garantie, qu'il ait défendu ou non : « *Quia manifestum fuit servum noxium fuisse...* » Cet argument, si on le généralisait, prouverait trop, car il faudrait en induire que toutes les fois que le droit du revendiquant avait paru bon à l'acquéreur, il n'aurait pas eu à se défendre. Or, on a vu que les textes contiennent une règle générale opposée. Pareille décision serait, du reste, inacceptable en pratique ; car, sauf dans des cas bien rares, il y aura presque toujours doute sur la légitimité des prétentions du revendiquant. Nous croyons donc qu'il faut voir dans la loi 11, § 12, une exception au droit commun, dans l'hypothèse qu'elle prévoit. En tout cas, il est impossible de tirer de ce texte exceptionnel un argument d'analogie. L'acquéreur devait donc effectuer tous les actes utiles pour empêcher l'éviction, et notamment interjeter appel de la sentence.

Si le droit opposé à la jouissance de l'acquéreur triomphait définitivement en justice, l'obligation de défendre disparaissait pour faire place à l'obligation d'indemniser. Il y avait éviction. L'éviction est donc la condition nécessaire pour que les dommages-intérêts soient dus.

Selon Voët ⁽²⁾ : « L'éviction, c'est le triomphe judiciaire qui empêche, en fait, l'acquéreur d'avoir la chose. » *Evin-*

(1) Burgundius, *De evictionibus*, cap. 84, nos 2 et 6.

(2) Voët : *ad Pandectas*, I, 922.

cere, c'est déposséder en vertu d'une sentence définitive et sans appel. Et pour donner de l'éviction une idée absolument précise, on peut dire : qu'elle se produit toutes les fois que la chose vendue est enlevée à l'acquéreur, en vertu d'une sentence du juge, sanctionnant un droit préexistant du demandeur. Selon la loi 16, § 1 (D., 21, 2), l'éviction se produisait en pratique dans les trois cas suivants : 1° *cum res restituta est petitori*, c'est-à-dire lorsque l'acheteur restituait la chose du vendeur déférant en cela à l'*arbitrium* du *judex*; 2° *cum damnatus est litis æstimatione*, c'est-à-dire, lorsque ne faisant pas cette restitution, il était condamné à payer la *litis æstimatio*; 3° *cum possessor ab emptore conventus absolutus est*, c'est-à-dire, quand le vendeur, n'ayant pas mis l'acquéreur en possession de la chose, ce dernier intentait la revendication contre un tiers et échouait dans sa demande. On peut ajouter en outre qu'il y avait encore éviction quand l'acquéreur, une fois dépossédé de la chose, se trouvait rentré en possession, par suite d'un mode nouveau d'acquisition, tel que vente ou donation par le vrai propriétaire qui l'avait dépossédé (L. 13, § 15, Dig., 19, 1).

Ainsi, d'une manière générale, il y avait éviction quand l'acquéreur était judiciairement dépossédé, et, qu'on le remarque bien, il importait peu que ce fût par l'exercice de la revendication, ou de toute autre action, telle qu'une action *communi dividundo*, une action rescisoire, une *restitutio in integrum* émanant du prêteur (LL. 34, § 1; 39, 66, § 1, Dig., *De evict.*, 21, 2). L'action hypothécaire elle-même y donnait naissance, car, bien que l'on pût l'arrêter par le paiement, elle n'en constituait pas moins un trouble pouvant aller jusqu'à la dépossession, si le paiement n'avait pas lieu (L. 34, § 2 et 35, D., *loc.*

cit.). Et ceci nous amène à constater, que l'éviction avait lieu, non-seulement lorsque se produisait un enlèvement de la propriété de la chose, mais encore quand l'acquéreur se trouvait dépouillé d'un démembrement de cette propriété, ou était obligé de subir sur la chose l'exercice d'un droit contraire à la jouissance. Ainsi devait-il supporter un droit d'emphytéose, de superficie, d'hypothèque, dans tous ces cas, il y avait éviction. Sans doute, les effets en étaient moins considérables, on le verra, que s'il y avait éviction de la pleine propriété; mais il n'y avait pas moins éviction limitée qui donnait ouverture à l'action générale du contrat de vente.

Mais, bien entendu, pour que l'une de ces causes pût donner ouverture à la garantie, il fallait qu'elle fût imputable au vendeur lui-même. Peu importait, en ce cas, qu'il y eût de sa part dol ou fraude, fait positif ou simple omission. La seule condition nécessaire, pour que sa responsabilité fût en jeu, c'était que la cause de l'éviction fût antérieure à la vente; car, postérieurement, la chose passait naturellement aux risques de l'acheteur devenu propriétaire, et auquel l'on appliquait la règle : *res perit domino* (V. pour plus de détails, au ch. IV).

Ceci dit, et ayant sommairement indiqué les diverses causes d'éviction, examinons-les en détail.

En ce qui concerne l'éviction de tout ou partie de la chose vendue, il n'y avait pas de difficulté : le droit à la garantie se produisait; seulement le *quantum* du recours variait naturellement, ainsi qu'on le verra plus tard, selon que l'éviction était totale ou partielle (V. ch. III).

La perte de l'usufruit entraînait-elle éviction? En principe, l'affirmative ne saurait guère être douteuse; car,

l'usufruit forme une portion trop considérable de la propriété, pour que sa privation ne constitue pas une éviction. Ainsi les lois 46 pr. et 49 (Dig., 21, 2), accordent formellement le recours en garantie en cas d'éviction d'un usufruit. Cependant une opinion opposée paraît s'induire, au premier abord, de la loi 25, Dig., *De verb. sign.* (50, 46), dans laquelle Paul dit que le fonds dont nous n'avons pas l'usufruit doit être considéré cependant comme nôtre, parce que l'usufruit n'est pas une part du domaine, mais une chose semblable à une servitude. Or, ajoute-t-il, le fonds dont on ne peut dire qu'une partie appartient à autrui nous appartient en entier. Donc, si l'on a le fonds en entier, le résultat apparent, c'est qu'il ne saurait être question d'éviction. Quelle valeur faut-il attacher à cette décision doctrinale de Paul? C'est ce qu'il serait bien difficile de préciser en présence d'autres fragments du même jurisconsulte, qui décident, notamment le fragment 4 au Dig., *De usufructu et quem* (7, 1), que : *usufructus pars domini in multis casibus est...* Ce qui nous paraît vraisemblable, c'est que Paul, dans la loi 25, envisageait l'usufruit en théorie pure, et disait, avec raison, que le nu-propriétaire peut bien dire que la chose est sienne, bien qu'il n'en ait pas l'usufruit. Mais quand on descend dans les applications pratiques, on voit qu'il ne faut plus raisonner ainsi : aussi Paul constate-t-il que pratiquement l'usufruit doit être considéré comme une partie du domaine, et c'est par application de cette idée que sa perte constitue une cause d'éviction (*Vide* en ce sens : L. 66, § 1, Dig., *De contrah. empt.*, 18, 1).

Au surplus, la même solution doit être donnée en ce qui concerne les autres servitudes personnelles, telles que l'usage et l'habitation, et en général, tous les autres

droits réels qui peuvent grever la chose vendue, tels que les droits de superficie et d'emphytéose. La loi 38, § 3 au Digeste (*De verb. oblig.*, 45, 1) visé formellement l'usage, et fait allusion aux autres droits dont nous venons de parler par les mots : *Vel de quo alio jure ejus quod distractum est...* Ces points offrent peu de difficultés. Mais la question est beaucoup plus difficile en ce qui concerne les servitudes prédiales.

Dans la loi 25 précitée (*De verb. signif.*), Paul considère les servitudes comme n'étant pas des parties du fonds vendu et comme laissant entier le droit du propriétaire qu'elles grevent. Mais cette décision ne serait pas très concluante, puisque Paul fait le même raisonnement eu égard à l'usufruit, et nous avons vu que la perte de l'usufruit constituait une éviction. Mais, ce qui est plus sérieux, c'est que la généralité des textes s'accorde à considérer les servitudes, comme des qualités de fonds : *prædia qualiter se habentia* (L. 86, Dig., *De verb. signif.*). On devrait donc être amené à les considérer comme *vitia fundi* pour le fonds servant, puisqu'elles étaient qualités pour le fonds dominant, et telle est la qualité que leur donne Cicéron ⁽¹⁾. Aussi, comme la nécessité de supporter la servitude peut imposer un dommage considérable à l'acquéreur, une diminution dans le prix de la chose vendue en devait être la conséquence; et les Romains admettaient, pour ce motif, l'action *quantî minoris*, ou en diminution de prix. De là, il résulte qu'ils assimilaient les servitudes à ces vices cachés qui furent réglementés par l'édit des édiles, et qu'ils n'y voyaient pas une cause d'éviction véritable, donnant ouverture à la garantie proprement

(1) Cicéron, *De oratore*, 1, 39.

dite et à ses conséquences. Mais, il pouvait se faire que la garantie eût été formellement promise au moment du contrat, ou que le fonds eût été vendu, selon l'expression des textes : *uti optimus maximus que*; ce qui signifiait : libre de toutes servitudes, franc et quitte de toutes charges. Nous croyons que, dans ces deux cas, la garantie était due, comme en cas d'éviction proprement dite, et telle nous paraît être la doctrine des textes. La loi 61 au Digeste (*De æd. edict.*, 21, 1) pose le principe : si une servitude grève le fonds, l'action *quantı minoris* est accordée; solution que confirme la loi 15, § 1, *De evict.* (Dig., 21, 2) : « *Si servitus* ⁽¹⁾ *evincatur quanti minoris ob id prædium est, lis æstimanda est.* » La loi 75 (Dig., *De evict.*) décide ensuite que l'éviction n'est pas consommée par l'existence des servitudes : *quæ tacite secutæ sunt*, à moins que le fonds n'ait été vendu *ut optimus maximusque*. Que signifient ces mots : *si tacite secutæ sunt*? Ils font allusion, suivant certains auteurs, à la distinction des servitudes apparentes et non apparentes. Les secondes doivent être formellement indiquées pour qu'on les connaisse; les premières, au contraire, sont visibles pour l'acheteur aussitôt qu'il aperçoit le fonds : on n'a donc pas besoin de les lui indiquer; car, on suppose que, s'il ne réclame pas, c'est qu'il les accepte : « *Non evictionis nomine quemquam teneri in eo pro quod soleat tacite accedere.* » Mais, s'il a exigé une garantie formelle, à raison de ces servitudes, garantie qui devait se traduire, en pratique, par la clause que le fonds était vendu *ut optimus maximusque*, en ce cas, la garantie était due.

(1) Il est vrai que la leçon ordinaire porte *servus*; mais il faut lire évidemment *servitus*. Sic Cujas, *Observ.*, II, 20.

S'agissait-il, au contraire, de servitudes non apparentes, l'acquéreur n'avait que l'action *quantum minoris*.

Que la loi 75 vise la distinction des servitudes apparentes ou non apparentes, nous ne le nions pas; mais, nous estimons que le texte sainement interprété amène à renverser la théorie que nous venons d'exposer. Comprend-on que l'acquéreur fasse insérer la clause : « *ut optimus maximusque* » relativement aux servitudes, si elles sont apparentes? A quoi cela servirait-il? L'acquéreur les voit, et alors, de deux choses l'une : ou il achète malgré leur existence, mais à meilleur prix; ou, elles lui semblent trop onéreuses, et alors il n'achète pas du tout. Quelle serait donc l'utilité de la clause de franc et quitte? Elle serait nulle. Mais on la comprend quand les servitudes ne sont pas apparentes, et quand l'acquéreur, redoutant d'en découvrir quelque une après la vente, fait insérer, pour cette éventualité, la clause que le fonds est vendu *ut optimus maximusque*. Il se réserve ainsi l'action en garantie, au lieu de l'action *quantum minoris* que lui donnerait le droit commun, sans la clause; et il y a pour lui un intérêt considérable à agir ainsi. L'action *empti* donnée à la suite de l'éviction proprement dite, lui permettra, en effet, de demander des dommages-intérêts basés sur le préjudice éprouvé, tandis que l'action *quantum minoris* ne lui fournissait, comme son nom l'indique, que la différence entre le prix qu'il avait payé et celui qu'il aurait payé, s'il avait connu la servitude. De plus l'action *exempto* était perpétuelle, tandis que l'action *quantum minoris* ne durait qu'un an ⁽¹⁾.

Reste donc à concilier avec le système que nous propo-

(1) V. M. Labbé, *Revue pratique*, 1865, t. XIX, p. 279 et suiv.

sons les mots : *si tacitè secutæ sunt*. Or, une explication toute naturelle nous paraît consister à dire qu'ils visent les servitudes qui n'ont pas frappé l'attention de l'acquéreur, parce qu'elles étaient non apparentes, et en quelque sorte tacites. Et alors le reste du texte s'explique parfaitement. Il n'y a pas éviction par le fait de servitudes tacites, parce que le droit commun donne, en ce cas, l'action *quantì minoris*.

Ainsi, nous aboutissons à cette conséquence que, s'il s'agit de servitudes non apparentes, l'action *quantì minoris* peut être intentée, à moins qu'il n'y ait eu convention de garantie formelle habituellement manifestée par la clause que le fonds était vendu : *ut optimus maximusque*.

Maintenant, que se passait-il, quand la servitude était apparente? En ce qui concerne la clause de garantie formelle, nous croyons, bien qu'elle dût être rare en pratique de ce chef, à raison des observations présentées plus haut, nous croyons qu'elle devait produire tous ses effets et donner ouverture à l'action en garantie pour cause d'éviction. Mais, si cette clause n'avait pas été insérée, une controverse fort vive s'est élevée entre les interprètes, sur le point de savoir, si les servitudes apparentes donnaient ouverture à un recours quelconque, et la question est, il faut le reconnaître, fort délicate. Il ressort de certains textes et notamment de la loi 59 au Dig. (*De contrah. empt.*, 18, 1) que si le fonds n'avait pas été vendu *ut optimus maximusque*, il était réputé vendu non pas *liber*, *sed qualis esset* : comme il se comporte; et que, par suite, on n'avait, de ce chef, aucun recours. Nous n'avons pas à entrer dans la controverse puisqu'elle a trait à l'action *quantì minoris*, c'est-à-

dire à l'action à raison des vices cachés, et non pas à l'action en garantie pour cause d'éviction. Cependant, nous émettrons une conjecture qui pourrait peut-être couper court à la difficulté. Ne peut-on admettre que Celse, l'auteur de la loi 59, refuse, dans ce texte, seulement l'action en garantie, et qu'il ne songe nullement à l'action *quantī minoris*. Cette supposition paraîtra encore plus vraisemblable, si l'on réfléchit que le jurisconsulte dénie cette action, parce que l'on n'a pas inséré la clause *ut optimus maximusque*. Or, nous savons que ce qui aurait été accordé par l'insertion de cette clause, c'est l'action en garantie : donc, si elle ne se retrouve point, c'est cette même action en garantie qui doit seule être refusée. Ainsi la loi 59 se concilierait avec les textes cités plus haut qui accordent l'action *quantī minoris* pour toute servitude prédiale indistinctement.

Il est certain, que le recours en garantie se produisait, selon les explications que nous venons de fournir, quand il y avait éviction de l'objet vendu. Ceci suppose que le caractère du contrat de vente est bien et dûment établi, et qu'aucune difficulté ne s'élève à ce sujet. Mais il existe une opération complexe que les textes assimilent à une vente : nous voulons parler de la *datio in solutum*. Donne-t-elle ouverture à la garantie et par quelle action? C'est là un point qui trouvera sa place naturelle dans l'étude des cas d'application spéciaux de l'action *ex empto* (Chap. III, sect. 2, § 2).

SECTION II.

Sujets actifs et sujets passifs de l'obligation de garantie.

A. *Sujets actifs*. — Le recours en garantie était naturellement exercé en premier lieu par l'acquéreur, soit qu'il dût lui-même conserver la possession de la chose, soit qu'il fût obligé de la faire conserver à un tiers, vis-à-vis duquel il était obligé. Ainsi la femme peut agir en garantie contre le vendeur d'un fonds qu'elle a apporté en dot à son mari, afin de conserver le droit à la restitution qui s'exercera à la dissolution du mariage (L. 22, § 1 Dig., *De evict.*, 21, 2).

Le recours en garantie pouvait être exercé par les héritiers de l'acquéreur, chacun dans la mesure de sa part héréditaire, conformément au principe général qui divise de plein droit les obligations activement et passivement entre les héritiers (L. 4, § 2 D., *De verb. oblig.*, 45, 1). Enfin, il ne peut être exercé par un ayant-cause à titre particulier qu'en cas de cession formelle (59, Dig., *De evict.*, 21, 2). En ce cas, la cession s'opérait, selon les principes du droit commun, au moyen de la *procuratio in rem suam*.

B. *Sujets passifs*. — Les vendeurs et leurs successeurs à titre universel étaient tenus de l'obligation de garantie *in solidum*, conformément aux principes que nous avons exposés en traitant de la nature de la garantie. Ils en étaient tenus, sous la forme de l'action, si un tiers venait

troubler l'acquéreur; sous la forme de l'exception, s'ils prétendaient le troubler eux-mêmes. Cette exception qui était soit l'exception de dol, soit l'exception *rei venditæ et traditæ*, suivant les cas, paralysait toutes les prétentions des vendeurs ou de leurs héritiers à la chose vendue. Cependant, on a prétendu que l'héritier, dont le défunt avait vendu la chose, avait le droit d'évincer le tiers acquéreur, sauf à l'indemniser à raison de l'éviction. On a invoqué, en ce sens, la loi 31 (Code *De evict.*), de laquelle on prétend induire que les héritiers de la caution ne sont pas tenus de l'exception de garantie, et on en a déduit un argument d'analogie (1). Nous nous expliquerons tout à l'heure sur la portée de ce texte; actuellement nous nous bornons à faire remarquer qu'un argument d'analogie est toujours peu concluant, quand on ne l'appuie pas sur des textes positifs. Or, plusieurs textes favorisent précisément l'idée contraire. Par exemple, la loi 73 au Dig. (*De evict.*), prévoit l'hypothèse suivante : Une femme a apporté en dot à son mari des fonds de terre que le mari a possédés sans trouble, du vivant de sa femme. Après la mort de celle-ci, son héritière intente la revendication contre le mari. Le jurisconsulte se demande : « *An controversiam fundorum facere possit?* » Il répond qu'elle le peut *jure proprio*, non *jure hereditario*. Et il ajoute : « *Sed evictis prædiis heredem conveniri posse, vel exceptione doli submoveri posse.* » Prenant ce texte à la lettre, on en conclut tout naturellement que : ou bien que l'acquéreur se laissera déposséder sans opposer l'exception de dol, et qu'alors il pourra, après la dépossession, demander des dommages-intérêts basés sur

(1) Duranton, XVI, n° 253.

l'éviction, ou bien qu'il opposera l'exception, et écartera ainsi l'héritier (1).

Mais cette manière de voir si simple n'a pas été toujours admise. On a prétendu que la loi donnait à l'héritier le droit d'évincer, sauf à payer des dommages-intérêts. En effet, dit-on, le texte déclare qu'il peut *jure proprio controversiam fundorum facere*, mais qu'il ne le peut *jure hereditario*. Qu'est-ce à dire, sinon qu'il est libre d'intenter l'action en revendication qui lui appartient formellement, sauf à subir, en l'intendant, les conséquences de cette circonstance qu'il est héritier, c'est-à-dire à payer des dommages-intérêts. C'est bien ce que décide la fin du texte : l'éviction consommée, *evictis prædiis*, il devra indemniser, *conveniri posse*. Tout irait bien sans les mots de la fin. Que vient faire ici l'exception de dol? Si l'héritier peut évincer, il ne sera repoussé par aucune exception; s'il peut être arrêté par une exception, c'est qu'il ne peut évincer! On se tire d'affaire en déclarant les mots : *exceptione doli submoveri posse* interpolés!

Nos anciens auteurs avaient fourni de cette phrase une explication différente de celle que nous avons donnée nous-mêmes. Partant de ce point de vue que l'héritier ne peut évincer, ils disaient que le droit d'action ne lui était concédé que théoriquement, et selon la subtilité du

(1) Que l'acquéreur ait quelquefois intérêt à réclamer des dommages-intérêts, c'est ce que prévoient formellement les textes (*Vide* notamment loi 17 D., *De evict.*). On peut supposer, en effet, que le vendeur ou son héritier tient à récupérer la chose par un intérêt d'affection, tandis que l'acquéreur peut désirer s'en défaire, soit parce qu'elle a diminué de valeur, soit parce qu'il trouve plus avantageux d'intenter l'action de la *stipulatio duplæ*.

droit : on lui accordait la revendication d'une manière abstraite : *jure*; en supposant même, en théorie, l'éviction consommée, *evictis prædiis*, sauf à paralyser sa prétention, en fait, au moyen d'une exception. Cette explication est quelque peu pénible; et même puérile; elle cadre mal avec les idées nettes et précises des jurisconsultes romains. Mais se tirer des difficultés d'un texte embarrassant, au moyen d'une prétendue interpolation que rien ne prouve, nous paraît d'autre part commode et trop facile. La vérité est dans l'interprétation que nous avons donnée : ou l'acquéreur se laisse évincer sans protester, et alors il a droit à des dommages-intérêts, ou il proteste, et en ce cas, il écarte l'héritier par l'exception de garantie. Au surplus, si quelque doute pouvait encore se produire, il suffit de rappeler que la constitution 14 au Code (*De rei vindicatione*) dont il a été question au chapitre I^{er} déclarant l'exception de garantie divisible, empêche formellement l'héritier d'évincer l'acquéreur dans la mesure de sa part héréditaire, et, par suite, prohibe absolument et pour le tout, une prétention semblable chez l'héritier unique (*Vide* au surplus la loi 39, D., *De reg. jur.*, 50, 17).

En ce qui concerne les successeurs à titre particulier du vendeur, il y avait eu des doutes, sur le point de savoir s'ils devaient être tenus de la garantie. Le doute devait provenir de ce que, n'ayant pas livré, ils semblaient ne pouvoir être soumis à une obligation qui est une continuation de la délivrance. Mais on décida ensuite, que les acquéreurs à titre particulier gratuit du vendeur pourraient être repoussés par l'exception de garantie (Dig., L. 4 p. 29, *De dol. mal. et met...* 45, 4), et l'on étendit ensuite cette solution aux acquéreurs à titre par-

ticulier onéreux (Dig., 4, § 32, *ibid.*). Les fidéjusseurs du vendeur, étant tenus de toutes les obligations qui naissent de la vente, étaient naturellement tenus de l'obligation de garantie (Const. 7, Cod. *De evict.*, 8, 45). Par le même motif, on pouvait aussi leur opposer l'exception comme au vendeur. Il semble, dès lors, que leurs héritiers, tenus comme eux de leurs obligations, devaient être également repoussés par la même exception, comme les héritiers du vendeur lui-même. Mais, sur ce point, la constitution 31 au Code (*De evict.*) est venue apporter une dérogation que l'on ne s'explique guère, en décidant que l'héritier du fidéjusseur pouvait évincer l'acquéreur. Des explications nombreuses ont été fournies pour concilier ce texte avec les principes du droit commun. Cujas⁽¹⁾ avait prétendu notamment que l'héritier de la caution était bien tenu de la garantie, et que si la constitution 31 précitée lui permettait de revendiquer *jure proprio*, c'était tout autant qu'il ne pouvait être repoussé comme tenu de cette même éviction *jure hereditario*; car, dans cette dernière hypothèse, il pouvait être écarté, tout comme l'héritier du vendeur, par la maxime : « *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* » En un mot, l'opinion de Cujas nous paraît être que la constitution 31 donne le droit de revendiquer, quand l'héritier du fidéjusseur n'est pas tenu des obligations héréditaires, c'est-à-dire quand il a renoncé à la succession de son auteur. Ainsi interprété, le texte consacrerait une vérité évidente; il est certain que, si je renonce à la succession, je ne suis plus tenu des obligations héréditaires. Mais il faut bien remarquer que la constitution vise un individu

(1) Cujas sur la loi 2, Cod. *De evict.*

qu'elle qualifie *heredem fidejussoris*, une personne qui pourrait évincer, tout en ayant accepté les obligations héréditaires. Aussi Accurse dont l'opinion est rapportée par Cujas, n'hésitait-il pas à dire que la constitution 31 dérogeait aux règles générales, et c'est bien là notre avis : il faut interpréter cette constitution comme une décision d'espèce, contraire aux principes et qu'il importe de restreindre, par suite, aux héritiers du fidéjusseur qu'elle vise expressément, loin de l'étendre, comme on a voulu le faire, aux héritiers du vendeur lui-même.

Supposons que le créancier gagiste ou hypothécaire ait exercé le droit de suite et vendu l'objet engagé. Doit-il la garantie à l'acquéreur? Non, il n'est pas tenu de l'obligation de garantie, pourvu qu'il ait déclaré qu'il vendait comme créancier gagiste ou héréditaire, *jure creditoris*. En effet, dans ce cas, les règles de la plus élémentaire prévoyance indiquent à l'acquéreur, qu'il peut être dépossédé à courte échéance. Nous verrons, en traitant des effets de la garantie, quelles sont les conséquences du principe que nous venons de poser. Pour le moment, contentons-nous d'indiquer que le créancier, ayant vendu en cette qualité, n'était pas tenu de la garantie. Mais le même créancier ayant vendu *jure creditoris*, était garant de l'éviction, quand elle provenait d'un vice de droit inhérent à son propre titre, ce qui avait lieu dans trois cas :

1° Quand il se croyait créancier et ne l'était pas ;

2° Quand il prétendait avoir une hypothèque et n'en avait pas en réalité ;

3° Quand la chose étant hypothéquée à plusieurs créanciers, il n'était pas le créancier le plus ancien en date.

Les deux premiers cas n'ont pas besoin d'explication ;

le créancier n'a pas de créance ou d'hypothèque ; il n'a aucun droit à vendre la chose, il est garant de l'éviction. Pour l'intelligence du troisième cas, nous devons rappeler que, selon les règles du droit hypothécaire romain, le créancier le plus ancien en date pouvait seul se faire envoyer en possession de la chose hypothéquée, et la vendre à l'échéance. Si c'était le second ou le troisième créancier hypothécaire qui vendait, l'acquéreur était exposé à être évincé par le premier *potior jure* parce qu'il était *potior tempore*. Dans tous ces cas, l'éviction provenait de l'infirmité du droit du créancier vendeur ; il était donc tenu. Si, au contraire, l'éviction provenait du défaut de propriété du débiteur constituant, le créancier n'en était nullement garant, puisqu'elle était imputable au seul débiteur constituant. Cette distinction est très-nettement indiquée au titre 46 du livre VIII du Code. La rubrique dit d'une manière générale : *Creditorem evictionem pignoris non debere* ; et la const. 1 *in fine* s'exprime ainsi : « *Hoc utique præstare debet, qui pignoris jure vendidit, potiores se esse cæteris creditoribus.* »

Contre cette explication si naturelle du texte, qui avait été admise par tous nos anciens auteurs (1), il a été soutenu que, à moins de stipulation contraire, « l'usage interprétait la volonté des parties, en ce sens que le créancier hypothécaire ou gagiste ne promettait à l'acheteur que l'absence de dol, et, en cas d'éviction, la cession de l'action *pigneratitia contraria* (2). » En ce

(1) Cujas, *Paratit. ad Codicem, hoc titulo, hæc lege*. Conf. Labbé, *Revue prat.*, 1865, p. 281 et suiv.

(2) Vernet, *Théorie des obligations*, p. 94-95

qui concerne la cession de cette action, nous sommes bien d'avis qu'elle était due : ce que nous précisons en nous occupant des effets de la garantie. Mais ce que nous ne saurions admettre, c'est que le créancier hypothécaire ou gagiste ne fût tenu que de son dol en cas d'éviction.

Comment explique-t-on les textes qui sont tellement formels qu'ils semblent presque être l'évidence même, par exemple, la constitution 1 précitée? En y sous-entendant une clause formelle de garantie. On fait, en effet, remarquer, dans le système que nous combattons, que la garantie n'est due qu'en cas de convention expresse; car la loi 22, § 4 (*De piqu. act.*, D., 13, 7) ne l'accorde contre le créancier vendeur que lorsqu'il l'a formellement promise (1). Mais ce n'est pas sur ce texte que nous nous appuyons. Il déclare, en effet, le créancier tenu de la garantie, en toute hypothèse, et non pas seulement dans le cas où il a vendu n'étant pas premier en date, parce qu'il n'a pas vendu *jure creditoris*, parce qu'il a assumé sur sa tête toutes les obligations du vendeur, et qu'il est ainsi devenu vendeur ordinaire, l'ayant bien voulu : *duplam promisit*. Ce n'est donc pas là le créancier dont nous nous occupons; notre hypothèse est prévue par la const. 1 précitée, dans laquelle il serait absolument arbitraire de sous-entendre une clause de garantie : car, il y est dit que le créancier doit « *utique præstare potiore se esse*; » *utique*, c'est-à-dire toujours, de plein droit, et non pas seulement quand les parties l'ont exceptionnellement stipulé. Cette remarque nous sert à réfuter une autre explication qui a été donnée de la constitution qui nous occupe. Elle viserait, dit-on,

(1) Vernet, *loc. cit.*, p. 95, note 2.

le cas où c'est le créancier lui-même qui veut évincer, à un titre nouveau et personnel, et c'est pour cette hypothèse seule qu'on le déclare tenu de l'exception de garantie. On appuie cette manière de voir d'un nouvel argument puisé dans la loi 11, § 16 (Dig., *De act. empti*, 19, 1). Ce texte dit que si un créancier a vendu *jure creditoris*, et que l'éviction se produise ensuite, le créancier n'en est pas tenu, à moins qu'il n'y ait eu de sa part réticence dolosive sur ce fait parfaitement connu de lui, que la chose vendue ne lui avait pas été hypothéquée, ou n'était pas la propriété du constituant.

Cette nouvelle manière d'interpréter la constitution est certainement meilleure que la première, et elle pourrait argumenter, dans une certaine mesure, de l'hypothèse même prévue par ce texte, mais elle cadre mal avec la généralité absolue de la décision. Quant à la loi 11, § 16, elle ne dit nullement si, dans l'hypothèse qu'elle prévoit, la cause de l'éviction provenait de l'absence de droit chez le créancier ou chez le débiteur constituant. On peut supposer même que le texte prévoit plutôt l'absence de droit chez le constituant puisqu'il est question de cette éventualité dans la suite du texte. En tout cas, enfin, le jurisconsulte, en déclarant que le créancier sera tenu, s'il y a dol de sa part, n'autorise nullement à dire qu'il ne sera tenu qu'en cas de dol.

En résumé, il ne faut pas oublier que la vente est un contrat de bonne foi, et que, si l'on comprend que l'équité impose la libération de créancier quand le vice ne provient pas d'un fait à lui personnel, elle lui impose, au contraire, la garantie, quand ce vice émane de lui-même : il n'est en cela traité ni mieux ni plus mal qu'un vendeur ordinaire.

CHAPITRE III.

Par quelles actions le recours en garantie est exercé. — Quels sont les cas spéciaux d'application et les effets respectifs de chacune d'elles.

SECTION PREMIÈRE.

Par quelles actions le recours en garantie est-il exercé?

L'obligation de garantie se présente dans le droit romain sous deux aspects : 1° comme conséquence naturelle du contrat de vente : elle est alors sanctionnée par une action générale naissant du contrat, au profit de l'acheteur, pour faire exécuter toutes les obligations qui en découlent : l'*actio empti*.

Les Romains avaient, en outre, l'habitude d'adjoindre à leur contrat une convention accessoire, par laquelle un débiteur s'engageait à payer une certaine somme, pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation. C'était la clause pénale. Elle jouait un grand rôle dans les transactions quotidiennes, à raison des avantages nombreux qu'elle procurait, et dont les deux principaux que nous

retrouvons en notre matière sont : 1° d'éviter l'embarras résultant de la preuve du dommage causé par l'éviction; 2° de se mettre à l'abri de l'arbitraire du juge, en établissant un forfait fixant invariablement l'indemnité due à raison de l'inexécution de l'obligation. Ainsi, par la *stipulatio duplæ*, les parties évitaient l'appréciation large, que l'*actio empti* donnait au juge comme toute action de bonne foi, et établissaient, d'une façon incommutable, le dommage éprouvé par suite de l'éviction.

De là, il résulte que le recours en garantie était exercé à Rome, par l'action *empti*, qui était générale, et par l'action *ex stipulatu* sanctionnant la *stipulatio duplæ*. Étudions le développement historique de ces deux actions. La vente, dans les temps primitifs, se formait au moyen de la *mancipatio per æs et libram*, par laquelle la propriété était immédiatement transférée à l'acquéreur qui payait immédiatement son prix (1). C'était un acte solennel entouré de formalités réglées à l'avance, et qu'accompagnait, au dire de Festus, un contrat verbal particulier appelé *nuncupatio* (2), dont on va voir l'effet. L'acquéreur, troublé dans sa libre possession par les prétentions d'un tiers, appellera son vendeur en garantie, et celui-ci devra *præstare auctoritatem*. S'il manque à ce devoir, s'il y a éviction, l'acquéreur pourra agir en vertu de l'engagement pris dans la *nuncupatio*, et il obtiendra le double de la valeur de la chose (3). Maintenant la garantie était-elle due de plein droit, ou seulement en vertu de la *nuncupatio*, comme aussi la peine

(1) M. Labbé à son cours.

(2) Festus, V° *Nuncupatio* : « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. »

(3) Cicéron, *De officiis*, III, 16; Paul, II, 17, 3.

du double était-elle encourue seulement en cas de dol de la part du vendeur, ou même de simple faute de sa part? Ce sont là autant de points sur lesquels les textes font défaut. Quoi qu'il en soit, cette indemnité primitive du double, d'où qu'elle résultât, est importante à signaler : car elle est évidemment l'origine de la *stipulatio duplæ*.

Plus tard, la vente se dégagea de ces formalités gênantes, et devint un contrat consensuel. L'obligation de transférer la propriété n'en continua pas moins à subsister, ainsi que nous l'avons vu plus haut, pour le cas où le vendeur était propriétaire. S'il ne voulait pas la transférer, il pouvait y être forcé au moyen de l'action *empti*; et, s'il n'était pas propriétaire, il était tenu d'indemniser l'acquéreur, en cas d'éviction, toujours par l'action générale du contrat : l'*actio empti*.

Mais, à l'époque même où la vente se contractait au moyen de la *mancipatio per æs et libram*, le double n'était pas dû en cas d'éviction, quand il s'agissait de choses *nec Mancipi*, auxquelles la *mancipatio* n'était pas applicable. Donc, pour donner aux ventes d'objets ordinaires les mêmes sûretés qu'aux ventes des choses *Mancipi*, l'acquéreur, en recevant la tradition, se faisait promettre une peine pécuniaire, pour le cas où la propriété lui serait enlevée plus tard, de façon qu'à côté de la peine due, en vertu de la *nuncupatio*, dans la vente *per æs et libram*, il devait y avoir, en pratique, une clause pénale stipulée en cas d'éviction des choses *nec Mancipi*.

Cette fixation du double *a priori* était précieuse pour les motifs indiqués plus haut. Aussi, ne tarda-t-elle pas à prendre place dans la vente, simple contrat consensuel,

et son origine remonte presque à l'origine du contrat consensuel lui-même.

Selon les conjectures d'un auteur éminent ⁽¹⁾, ces stipulations furent, à l'origine, des *cautiones doli*, par lesquelles le vendeur s'engageait à ne pas troubler, par lui ou par ses héritiers, la libre possession de l'acquéreur : « *per se perque heredes suos non fieri quo minus habere liceat* » (L. 38, Dig., *De verb. oblig.*, 45, 1). De là se déduisait la garantie du fait personnel; mais ce n'était pas suffisant, et il fallait garantir encore le fait d'autrui. Là on se heurtait à la règle en vertu de laquelle il est défendu de promettre le fait d'autrui : « *Alius pro alio daturum facturumve eum promittens non obligatur.* » On se tira d'affaire au moyen d'une subtilité. Le vendeur ne promettait pas qu'autrui n'évincerait pas; mais il promettait qu'il ferait tous ses efforts pour empêcher qu'autrui ne vînt évincer : *curaturum se ut* (L. 83, D., *De verb. oblig.*).

Voilà donc la *stipulatio duplæ* en usage à peu près dans toutes les ventes. On l'appelait *stipulatio duplæ*, parce que, en règle générale, on stipulait le double; mais les parties étaient libres de fixer, pour cette indemnité, le taux qui leur convenait ⁽²⁾; habituellement on prenait le double, et la clause du double était *assidua* (31, § 20, Dig., *De ædil. edict.*, 21. 1).

Cet usage existait à Rome, et probablement dans l'Italie et la plupart des provinces; quelques-unes cependant ne l'avaient pas adopté : ce qui est important à

(1) Maynz, *Droit romain*, § 212, note 3.

(2) Elle pouvait aller jusqu'au triple et au quadruple (56, Dig., *De evict.*, 21, 2).

constater; car, lorsque la clause n'avait pas été stipulée, il était de règle que le vendeur devait se conformer aux clauses d'usage dans le contrat de vente, qui était de bonne foi. Si donc la stipulation était usitée *more regionis*, il devait s'y soumettre. C'est qu'en effet les clauses que l'on appelle *moris et consuetudinis* sont tacitement insérées dans le contrat de bonne foi.

Ainsi, par suite du raisonnement que nous venons d'indiquer, on en était arrivé à considérer la *stipulatio duplæ* comme devant intervenir dans toute vente, et si elle n'avait pas été faite, on finit par permettre à l'acquéreur d'intenter l'action *empti*, pour la faire effectuer à son vendeur. Un dernier progrès fut réalisé : sans qu'il fût besoin de stipuler le double, on considéra cette stipulation comme sous-entendue dans la vente, de façon qu'on pouvait agir *ex empto*, même si elle n'était pas intervenue (37, *De evict.*, Paul, *Sent.*, 2, 17, 2). Toutefois, de la loi 37 semble résulter cette idée que, dans les ventes d'animaux et d'esclaves qui se faisaient habituellement sous les yeux des édiles curules, les édits voulaient que les parties fissent la stipulation. Ajoutons que l'usage de la *stipulatio duplæ* se restreignait aux choses précieuses et n'étaient pas usitées pour celles que les textes appellent *simplariæ* (37, *ibid.*, 31, § 20. Dig. *De ædil. edict.*, 4, 1).

La *stipulatio duplæ* était ce que l'on appelait une *nuda repromissio*, c'est-à-dire qu'elle consistait en une promesse pure et simple de payer le double, et qu'il n'était pas besoin que cette promesse fût garantie par des fidéjusseurs. Donc, une satisfaction n'était pas exigée, en principe, sans convention formelle (lois 4 pr., 22, § 1, et *passim*, Dig., *De evictionibus*). Ulpien semble dire le

contraire dans la loi 11, Dig., *De act. empti*; mais cela tient sans doute à ce qu'il prend le mot *satsidare* dans un sens propre, dans le sens de promettre ⁽¹⁾. Ulpien lui-même, en effet, se contente d'une promesse simple dans la loi 37, Dig., *De evict*.

Si donc la *stipulatio duplæ* avait été faite, les parties avaient deux actions : l'action *ex stipulatu* et l'action *ex empto*.

La dernière, action générique du contrat, se référait surtout aux cas où l'éviction se produisait, sans qu'il y eût eu convention spéciale insérée au contrat. Elle faisait valoir la garantie de droit, sous toutes ses faces et ses acceptions. Elle était de bonne foi, comme le contrat qui lui donnait naissance, et se donnait par le fait seul que l'éviction se produisait (66, *De contr. empt.*, 18, 1). Elle entraînait la réparation du dommage résultant de la perte de la chose due : « *Id quod emptoris interest rem evictam non esse* » (*Vat. fragm.*, § 17). Ce *quod interest* résume tous les effets de la garantie ordinaire, telle qu'elle résulte du contrat de vente, s'il n'y a pas eu de stipulation. Il comprend le prix de la chose, les fruits que l'acquéreur a dû restituer au revendiquant, les impenses qu'il a faites et dont il n'a pu obtenir le remboursement, toutes choses qui vont être étudiées en détail dans les effets de la garantie. Ainsi l'action *ex empto* conférait au juge les pouvoirs les plus étendus pour l'appréciation du dommage, et, à ce point de vue, elle pouvait comprendre des éléments d'appréciation que ne comportait pas le cadre de la *stipulatio duplæ*. Mais elle avait sur celle-ci cet inconvénient considérable de ne

(1) Accarias, II, page 445, note 1.

donner que le *quod interest*, et de ne pas indemniser suffisamment l'acquéreur, si la chose avait diminué de valeur au jour de l'éviction. Au contraire, la *stipulatio duplæ* lui assurait presque toujours cette valeur; car il était bien rare qu'elle eût dépassé, lors de l'éviction, le double du prix de vente. Ainsi la stipulation portait toujours sur un *certum*, et le contrat de droit strict conférait une action également de droit strict qui était une *condictio certa*. Les pouvoirs du juge, limités par une formule étroite, consistaient à condamner à *ce certum*, s'il considérait qu'il y avait eu éviction; à absoudre complètement, s'il estimait qu'elle n'avait pas eu lieu.

De ce caractère dissemblable d'action de bonne foi et d'action de droit strict que revêtent l'action *empti* et l'action *ex stipulatu* vont découler deux principes fondamentaux, qui préciseront les conditions de recevabilité de l'une et de l'autre, comme aussi leurs effets respectifs. Ces deux principes sont les suivants :

1° Pour que la garantie soit ramenée à effet par l'action *ex empto*, ou l'action *ex stipulatu*, il faut qu'il y ait eu éviction, selon les règles posées au chapitre II. Mais, dans le cas de l'action *ex empto*, il faudra entendre ce mot éviction dans un sens large; il faudra, au contraire, l'entendre dans un sens restreint, quand il s'agira de l'action *ex stipulatu*.

2° L'action *ex empto*, étant une action de bonne foi, confèrera à l'acquéreur évincé tout ce qui doit lui être attribué *ex fide bonæ*. L'action *ex stipulatu*, quelle que soit la valeur de la chose, au jour de l'éviction, ne lui donnera droit qu'au forfait invariable stipulé dans le contrat.

SECTION II.

Cas spéciaux d'application des actions *ex stipulatu* et *ex empto*.

Nous allons étudier tout d'abord les cas spéciaux d'application de l'action *ex stipulatu*, parce que tous ceux qui lui seront étrangers seront compris, par là même, dans le cadre plus large de l'action *ex empto*.

§ 1. De l'action *EX STIPULATU*.

Principe : « L'action *ex stipulatu* ne peut être exercée que lorsque l'acheteur a subi une privation soit de la chose vendue, soit de l'émolument qu'elle devait procurer, en vertu d'une sentence du juge. » Cette formule doit être interprétée d'une façon stricte : dans les hypothèses qu'elle ne comprend pas, l'action *ex stipulatu* ne compétera pas.

Appliquons le principe dans ses détails. L'acquéreur succombe dans une action en revendication ou hypothécaire intentée par un tiers; il restitue la chose, il y a éviction. Ou bien, il a été condamné à payer la *litis æstimatio*, à défaut de restitution, et il paie cette *litis æstimatio*. Y a-t-il éviction? Oui, car s'il a conservé la chose, ce n'est plus en vertu de la vente; celle-ci a été impuissante à lui maintenir la propriété. La vérité est qu'il possède à raison d'un titre nouveau.

Ce point nous amène à l'étude des situations diverses et

complexes qui s'établissent entre le possesseur condamné et le revendiquant, situations qu'il importe d'examiner sommairement parce qu'on va voir que dans chacune d'elles, le possesseur condamné pourra se prétendre évincé, la vente primitive étant impuissante à lui conserver la propriété de la chose vendue.

Et d'abord si l'acquéreur a conservé la possession de la chose, il opposera au revendiquant l'*exceptio justi domini*. Il est, en effet, devenu propriétaire, soit en vertu d'une transaction, selon l'opinion de certains jurisconsultes (46, *De rei vindic.*), soit en vertu d'une nouvelle vente (22, Dig., *Rer. amot.*, 15, 2; L. 1 et 3, Dig., *Pro emptore*, 41, 4).

Si l'ancien propriétaire est rentré en possession de la chose litigieuse, il doit abandonner la propriété à l'acquéreur devenu propriétaire en vertu des mêmes principes; l'action Publicienne est accordée à celui-ci à cet effet.

Si la chose litigieuse se trouve aux mains d'un tiers, l'acquéreur, s'il n'y a pas dol de sa part, et si la possession a été perdue par faute, agira contre le tiers, en vertu de l'action en revendication que son vendeur est tenu de lui céder (63, Dig., *De rei vindic.*). Il y a là une vente de l'action en revendication, moyennant le prix fixé par le juge, et par suite, acquisition à un titre nouveau. Que si la possession a été perdue par l'effet d'un dol, la chose est définitivement perdue pour l'acquéreur qui, tenu de payer la *litis æstimatio*, n'a pas droit cependant à la cession des actions de la part du revendiquant (69, Dig., *De rei vindic.*). Ici, le demandeur aura à la fois et l'action contre les tiers, et la *litis æstimatio*, somme qui représente, non pas la valeur de la chose, (car, s'il en

était ainsi, il ne pourrait la cumuler avec l'objet lui-même,) mais la réparation du risque qu'il court de ne jamais récupérer sa chose, par ex., parce qu'elle aura été usucapée par un tiers, *inter moras litis*, à raison du dol de l'acquéreur, qu'on punit par le refus de la cession d'actions.

Ainsi, dans le cas où l'acquéreur garde la chose en vertu du paiement de la somme fixée par le juge, il est vrai de dire, avec la loi 3 (Dig., v, 41, 4) : « *litis æstimatio similis est venditionis*. » La *stipulatio duplæ* est encourue, car il y a éviction aussi bien dans ce cas que dans celui où cet acquéreur n'obtient que la cession de l'action contre les tiers, ou même n'obtient rien du tout.

Enfin, il y a encore éviction quand il a été empêché de se mettre en possession par suite d'une décision judiciaire, quand il a succombé dans une poursuite intentée par lui contre un tiers possesseur. Tous ces cas sont prévus et résumés dans la loi 16, § 1 (Dig., *De evict.*) : « *Duplæ stipulatio committi dicitur cum res restituta est petitori, vel damnatus est letis æstimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* »

Mais la stipulation ne sera pas encourue dans les cas suivants :

1° L'acheteur devient, après la vente, propriétaire de la chose vendue par un legs ou une donation du vrai propriétaire. En réalité, le vendeur n'a pas accompli son obligation de fournir une possession durable. Il pourra bien y avoir lieu à l'action *empti*, qui est de bonne foi, et nous avons constaté au chapitre II que, d'une manière générale, c'est là un cas d'éviction. Mais *sensu stricto*, et au point de vue de la *stipulatio duplæ*, il n'y a pas éviction, parce qu'il n'y a pas *sententia judicis*, et il ne

pourra y en avoir, parce que l'acquéreur devenu propriétaire ne peut s'évincer lui-même, et intenter une action à laquelle il serait défendeur. Du reste, la rigueur et l'étendue de la peine justifient cette solution. En outre, peut-on affirmer qu'il est, absolument certain que celui qui a légué ou donné était bien propriétaire? C'est là une allégation qui n'est nullement fondée puisqu'elle n'est pas constatée judiciairement, et qu'il ne peut y avoir, en ce cas, nous venons de le voir, sentence judiciaire. Le recours entre vendeur et acquéreur devra donc se régler par l'action *ex empto*, qui permettra d'apprécier exactement l'indemnité due, mais non par l'action *ex stipulatu* (L. 9, Dig., *De evict.*, 21, 2).

2° Supposons que l'acheteur n'ait pas été mis en possession et que le vendeur soit soumis, après la vente, à la revendication d'un tiers qui triomphe; la chose vendue n'est pas enlevée à l'acquéreur : il n'y a pas éviction au point de vue de l'action *ex stipulatu*. Et ceci n'est nullement déraisonnable : car, si la chose n'est pas livrée, le dommage n'est pas d'une assez grande gravité, pour que la peine du double soit encourue. Il faudra seulement examiner quel était l'intérêt de l'acheteur à recevoir la chose, et pour cela, l'action *empti* sera suffisante.

3° La vente a eu pour objet une femme esclave : elle a accouché d'un enfant qui appartiendrait à l'acheteur si la mère lui avait appartenu. Après la mort de la mère, un tiers propriétaire qui ne peut plus revendiquer celle-ci : « *Rex extinctæ vindicari non possunt*, » obtient le part. L'acheteur perd un émolument qu'il aurait dû avoir à raison de la vente, que la bonne foi doit lui faire garantir, car l'objet vendu est délivré *cum omni sua causâ*; mais il ne perd pas la chose elle-même; la *stipulatio*

duplæ n'est pas encourue, et le dommage éprouvé ne pourra être réparé que par l'action *empti*. On peut faire le même raisonnement en ce qui concerne le produit des troupeaux, et, en général, toutes les choses qu'on a l'habitude de considérer comme les accessoires de la chose vendue. Dans tous ces cas, l'action *ex stipulatu* n'est pas possible, parce que l'acquéreur privé seulement d'un avantage accessoire de la chose, ne peut, le principal restant entre ses mains, prétendre à une indemnité qui représente l'objet vendu tout entier (*Sic* lois 36, 42, 43, 44, Dig., *De evict.*, 21, 2). Remarquons que ces solutions, comme on le verra plus tard, ne préjugent nullement la question de savoir, si la *stipulatio duplæ* sera ou non commise, en cas d'éviction d'une partie indivise de la chose.

§ 2. De l'action EX EMPTO.

Dans tous les cas où l'action *ex stipulatu* est commise (divers cas de la loi 16 précitée), *a fortiori*, on peut agir par l'action *ex empto*, si l'on juge que l'on a intérêt à le faire, et nous verrons ultérieurement que cet intérêt se produit, si les dommages dus au jour de l'éviction dépassent le double du prix.

Dans les cas examinés plus haut, où l'action *ex stipulatu* est impossible, le recours en garantie sera exercé par l'action *empti*. Ainsi, quand l'acquéreur obtient la chose du vrai propriétaire *ex novo titulo*, ou quand la dépossession est antérieure à la tradition, ou quand il s'agit d'un accessoire de la chose vendue, dans tous ces cas, où l'action *ex stipulatu* est refusée, l'action *empti*

est donnée, de façon qu'on aboutit à cette formule générale; l'*actio empti* est donnée, quand le vendeur n'a pas fait obtenir à l'acquéreur tout l'avantage que celui-ci aurait eu si le vendeur avait été propriétaire de l'intégralité de la chose. Un texte fort important, la loi 8 (Dig., *De evict.*) donne un exemple remarquable de cette règle. Un esclave vendu était héritier, et il a fait addition : survient un tiers qui le revendique et triomphe : il y a éviction à la fois, eu égard à la dépossession de l'esclave vendu lui-même et eu égard à la privation de l'hérédité : « *Sicut obligatus est venditor ut præstet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quæ per eum adquiri potuerunt, præstare debet emptori ut habeat.* » Voilà la formule générale qui distingue l'action *empti* de l'action *ex stipulatu*.

Tel est le rôle joué par l'action *empti* en matière de vente. Pour compléter nos développements en ce qui la concerne, nous devons maintenant étudier son influence dans une opération juridique que les textes assimilent à la vente : la *datio in solutum*; ce qui nous amènera à délimiter, d'une façon exacte, le champ d'application dans tous les actes à titre onéreux afférents à un transfert de propriété.

Vous me deviez, par suite d'une stipulation, une somme de 400 sesterces, et ma créance était garantie par un privilège, une hypothèque ou des cautions. Je consens à recevoir, à titre de dation en paiement, un cheval; mais ce cheval est évincé entre mes mains. De deux choses l'une : ou bien l'obligation résultant de la stipulation survivra, et je pourrai agir contre vous par l'action *ex stipulatu*, dont l'extinction a été subordonnée à la condition que je ne sois pas évincé de l'objet donné en paiement;

ou bien, la première obligation est définitivement éteinte, et on raisonne de la manière suivante. Le cheval vous a été vendu pour 100 sesterces; vous êtes donc devenu débiteur de 100 sesterces, laquelle dette a été éteinte par compensation. Il y a donc eu une sorte de vente, et l'action *utilis ex empto* vous sera donnée en cas d'éviction du cheval.

L'intérêt de la question est grave; j'ai en effet supposé que la première action était garantie par des cautions, une hypothèque ou un privilège : si elle disparaît, tout cela disparaît avec elle, et l'action *utilis ex empto* pourra ne pas aboutir, si on suppose le débiteur actuellement insolvable. Mais, à un autre point de vue, l'action *ex empto* sera plus avantageuse que l'action *ex stipulatu*; car elle fera obtenir au créancier des dommages calculés sur l'intérêt qu'il aurait eu à ne pas être évincé; tandis que l'action *ex stipulatu* fera seulement accorder les 100 sesterces, objet de la stipulation; il vaudra donc mieux intenter l'action *ex empto* si le cheval vaut 150 sesterces au jour de l'éviction.

Sur ce point, une controverse très vive avait divisé les jurisconsultes romains. Les uns conservaient au créancier l'action résultant de sa créance primitive : « *Si quis aliam rem*, dit Marcien, *pro aliâ volenti solverit, et evicta res fuerit, manet pristinâ obligatio; et si pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat; nam non accepisset re integrâ creditor, nisi pro solido ejus fieret* » (46, D., *De solut.*, 46, 3). Dans le même sens, Paul dit, dans la loi 98, Digeste, *ibid.* : « *Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua promittendo obligavit et solvit. Si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse.* »

Dans le premier de ces textes, Marcien décide que si l'on a reçu un objet en paiement, et qu'il y ait éviction, le créancier pourra agir par l'action résultant de l'obligation primitive; et dans le second, Paul, prévoyant le cas où un père qui a hypothéqué tous ses biens, et doté ensuite sa fille en assurant cette dot par une hypothèque, donne ensuite en paiement à son gendre le bien affecté à la dot; celui-ci évincé par le créancier à hypothèque générale, agira en vertu de la promesse de dot.

Ces deux textes sont confirmés par une constitution de Dioclétien et de Maximien qui forme la loi 8 au Code (7, 45).

A côté, d'autres lois déclarent, au contraire, éteinte la première obligation, et accordent l'action *utilis ex empto*. Ulpien, par exemple, prévoit dans la loi 24 pr. (D., *De pign. act.*, 13, 7), le cas où le créancier a obtenu de l'empereur le *jus impetrandi dominii*, et est ensuite évincé. Il n'a pas, dit le jurisconsulte, l'action *pignoratitia contraria*, car : « *Videtur finita pignoris obligatio et a contractu recessum;* » mais il ajoute : « *Utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit.* » Enfin il y a des textes qui accordent l'action *ex empto*, sans se préoccuper du sort de l'obligation primitive. Ainsi, il est dit, dans la constitution 4 (C. 8, 45, *De evict.*) : « *Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur, si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit, nam hujus modi contractus vicem venditoris obtinet.* » Ce dernier texte est aussi formel que possible et n'a pas besoin d'explication.

Plusieurs systèmes ont été proposés pour concilier ces fragments opposés des jurisconsultes.

Une première opinion constate que les créanciers auront, suivant les cas, intérêt à intenter l'une ou l'autre action, et, pour cela, il faut se référer à l'exemple que nous avons donné. Si la première dette était garantie par des sûretés, et que le débiteur soit actuellement insolvable, le créancier optera pour l'action *ex stipulatu*, tandis qu'il préférera l'action *ex empto*, si le débiteur étant solvable, la chose donnée *in solutum* vaut, lors de l'éviction, plus que l'objet de l'obligation primitive. Les textes donnent les deux actions; c'est donc que le créancier pourra, à son gré, choisir l'une ou l'autre. Aucun texte ne repousse soit l'action *ex empto*, soit l'action *ex stipulatu*, et s'ils mentionnent tantôt l'une, tantôt l'autre, c'est que l'intérêt du créancier se restreignait, dans l'hypothèse, à l'action indiquée par chacun d'eux. Ce principe admis, l'opinion à laquelle il sert de base se subdivise. Parmi ceux qui l'admettent, les uns déclarent que le créancier devra choisir celle des actions qui lui offre le plus d'avantages, et qu'il ne pourra les intenter toutes deux; les autres, au contraire, croient qu'il pourra cumuler les avantages des deux condamnations jusqu'à concurrence de la plus forte.

Les premiers, ceux qui donnent le choix, disent : ou il y a vente, et alors la première obligation a été éteinte par une sorte de novation. Ou bien la dation en paiement était conditionnelle, et alors, comme la condition ne s'est pas réalisée, il n'y a jamais eu vente et la créance primitive reste seule. En tous cas, le créancier, par son choix, se décide pour l'une ou l'autre voie; mais il ne peut se décider pour l'une et l'autre : ce serait illogique

et incompréhensible; car, s'il agit comme créancier, il n'est pas acheteur, et s'il veut être acheteur, c'est qu'il n'est plus créancier ⁽¹⁾.

Ceux qui se prononcent pour le cumul font remarquer, que la *datio in solutum* ne peut ainsi être un paiement ou une vente, au gré du créancier; qu'elle a des caractères propres et distinctifs qui se retrouvent en toute hypothèse. Le paiement est ici la base de toute l'opération; or, le paiement n'est libératoire que si l'on a transféré la propriété de la chose payée; on conçoit donc qu'il en doive être de même de l'objet qui vient remplacer celui de l'obligation primitive; car, si les parties ont adopté cette substitution, c'est avec la pensée de favoriser la libération, mais sans entendre évidemment diminuer ou compromettre leurs droits. Donc, l'obligation primitive doit renaître et produire son action en cas d'éviction. Quant à l'action *utilis ex empto*, est-il besoin de supposer une vente intervenue, pour qu'elle puisse logiquement exister? Assurément non, dit-on, car la *datio in solutum* constitue un acte à titre onéreux, et la garantie est attachée, en principe, à toute opération, par laquelle une personne transmet à une autre une chose ou un droit à titre onéreux. Donc le cumul se conçoit; il se conçoit d'autant mieux que le créancier aurait pu adjoindre à la stipulation une *cautio de evictione*, auquel cas, il aurait été autorisé, sans aucun doute possible, à cumuler les actions *empti et ex stipulatu* (loi 131, § 1, Dig., *De verb. oblig.*, 45, 1) ⁽²⁾.

(1) Molitor, *Obligations*, t. II, n° 980; Puchta, *Pandect.*, § 240.

(2) Labbé, *Revue pratique*, 1865, t. XIX, p. 558 et suiv.; Pothier, *Vente*, n° 604.

Cette solution nous paraît inadmissible. S'il y a paiement, il n'y a pas vente; s'il y a vente, il n'y a pas paiement : tel est le dilemme auquel conduisent les textes et auquel il est impossible de répondre. Pourquoi, en effet, dans la loi 24 pr. (*De pign. act.*), Ulpien donne-t-il l'action *ex empto*. C'est, dit-il, parce que *videtur finita pignoris obligatio et a contractu recessum*. Et il applique cette idée à la *datio in solutum*, ce qui veut bien dire : je donne l'action *empti*, en cas de *datio in solutum*, parce que *videtur finita ex stipulatu obligatio*. De même la constitution 4 (Cod. *De evict.*) dit formellement : « *hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* » Donc il n'est pas vrai de prétendre que les textes laissent subsister les deux actions côte à côte, soit pour donner le choix, soit pour permettre le cumul. La vérité, c'est que ceux qui accordent l'action *empti* supposent l'obligation primitive éteinte. Il n'est pas besoin, d'autre part, d'invoquer le principe que tout acte à titre onéreux donne lieu à la garantie, pour fortifier l'action *ex empto*. Ce principe est vrai, croyons-nous, et nous y reviendrons tout à l'heure. Mais il n'a pas guidé ceux qui ont admis la garantie en matière de *datio in solutum*. Cette *datio* était, pour eux, une vente, pas autre chose (c'est ce que dit formellement la const. 4). Et comme toute vente, elle entraînait naturellement l'obligation de garantie.

Du reste, ou bien l'obligation primitive subsiste, et alors aucune obligation nouvelle n'est née, et effectivement les lois 46 et 98 (*De solut.*) n'accordent nullement l'action *ex empto*; ou bien l'opération primitive a disparu, et alors il ne faudra accorder avec les lois 24 (*De pign. act.*) et 4 (C. *De evict.*) que l'action *empti*.

En partant de ce point de vue que la simultanéité des

deux actions est impossible, on se trouve en présence d'une conciliation qui a pour elle l'autorité d'Accurse, de Barthole et de Cujas ⁽¹⁾. Lorsque la dette ancienne a pour objet toute autre chose qu'une somme d'argent, les conditions d'une vente ne se trouvent pas réalisées, et l'extinction de la dette n'a pour cause que la translation de propriété de la chose donnée en paiement : si donc la dation n'a pas produit cet effet, elle n'a pas été libératoire et l'obligation primitive subsiste. En ce sens, la loi 46 (*De solut.*) paraît bien viser le cas où *res pro re data est*. Quand, au contraire, l'objet de la dette primitive est une somme d'argent, les éléments d'une vente se rencontrent ; l'action *ex empto* est donnée, et effectivement les lois 24 (*De pign. act.*) et 4 (C., *De evict.*) semblent bien se référer au cas où une somme d'argent a été donnée *pro soluto*. Cette conciliation est fort ingénieuse ; mais on sent trop qu'elle est artificielle, et qu'elle a été imaginée après coup pour concilier les textes. Si les lois précitées ne lui sont pas contraires, du moins, elles ne la consacrent pas et n'indiquent pas expressément ce qui aurait pourtant dû être une circonstance, qui serait la raison décisive de la distinction. Bien plus, la loi 98 (*De solut.*) permet au mari d'agir *ex stipulatu*, après l'éviction de l'objet fourni en paiement de la dot ; or, il paraît probable que cette dot consistait en argent. Barthole, comprenant que cette loi va contre son système, cherche à l'expliquer par une dérogation au droit commun en faveur de la dot. La distinction proposée n'est pas, du reste, plus conforme au principe qu'aux textes. En effet, elle repose sur cette

(1) *Observat.*, lib. 19, cap. 38 et comm. *ad cod. ad leg. 4, De evictionibus*.

idée que la *datio in solutum* doit être envisagée comme une opération qui serait tantôt vente et tantôt échange, selon que la chose donnée *pro soluto* serait une somme d'argent ou un corps certain. Dans le cas d'une somme d'argent, le transfert de propriété ne serait pas nécessaire; il serait exigé pour les corps certains. Sans entrer dans l'examen de cette question qui ne peut trouver place ici, nous estimons que, quelle que soit la nature de la *datio in solutum*, il faut, en tout cas, décider que cette nature est toujours la même et ne varie pas avec l'objet fourni en paiement. Mais, quoi qu'il faille admettre sur ce point, ce qui doit faire repousser surtout l'opinion de Barthole et de Cujas, c'est qu'elle est en opposition, soit avec la lettre, soit avec l'esprit des textes qui figurent dans la controverse.

Selon une autre doctrine, il faudrait distinguer deux *dationes in solutum*, la première étant une faculté accordée par le créancier, et la seconde obligeant le débiteur à *dare in solutum* : l'une serait facultative, l'autre imposée; l'action primitive s'appliquerait dans le premier cas, l'action *empti* dans le second ⁽¹⁾. Cette distinction est absolument arbitraire; nul texte ne la justifie; bien mieux, elle se heurte aux principes mêmes de la *datio in solutum*. Le *datio in solutum* se forme en effet *re*, comme le bon sens l'indique, elle ne libère le débiteur que lorsque la prestation a été effectuée. Donc, quand les textes parlent de *datio in solutum*, ils ne visent nullement la promesse de *dare*, mais la dation réalisée. Il suffit, au surplus, de les parcourir, pour voir qu'ils ne font nullement la distinction qu'on veut en induire.

(1) Schlieman, *Die hastung des Cedenten*, p. 49 et suiv.

Ces divers systèmes écartés, nous estimons qu'il faut se décider pour un dernier, qui se rattache à la grande lutte qui divisa si longtemps les deux écoles rivales des Proculiens et des Sabinien. Selon nous, la question qui nous occupe n'est qu'un des épisodes de cette lutte, et c'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Pour les Sabinien la *datio in solutum* opérant l'extinction de la dette *ipso jure*, comme le paiement lui-même, tandis que pour les Proculien, cette extinction ne se produisait que *exceptionis ope* (Gaius, III, § 168). Mais le paiement n'est libératoire que si la propriété de l'objet payé est transférée au créancier; il en doit être de même dans la *datio in solutum*. L'action primitive ne sera éteinte que si le créancier a été rendu propriétaire absolu de l'objet donné en paiement. S'il est évincé, il n'y aura pas eu dation en paiement libératoire : il pourra exercer l'action de l'obligation primitive. Ainsi s'explique l'opinion de Marcien et de Paul dans les lois 46 et 98 (D., *De solut.*). Au contraire, selon les Proculien, la *datio in solutum* ne produisait pas les effets d'un paiement, n'agissait que *exceptionis ope* : que faisait donc le débiteur qui offrait au créancier de lui donner une chose en paiement? En réalité, il lui faisait une vente et l'action *utilis ex empto* était seule possible en cas d'éviction (1). C'est sous l'influence de cette théorie que la const. 4, *De evict.*, a pu dire : « *hujusmodi contractus vicem venditionis obtinet*, » et l'on conçoit qu'elle ait été adoptée par le jurisconsulte novateur par excellence, Ulpien, dans la loi 24 (*De pign. act.*, Dig.).

Telle est la doctrine que nous croyons devoir admettre :

(1) Sic Demangeat, II, p. 425, 426.

répondons sommairement aux objections qui lui ont été adressées.

Tout d'abord, on fait remarquer que les textes invoqués dans la discussion sont d'une époque, où la division des jurisconsultes en Sabinien et Proculien n'existait plus. Soit; mais ce que signale le système que nous proposons, c'est bien moins une opposition systématique d'école, que des opinions personnelles différentes provoquées par la manière dont les jurisconsultes envisageaient la *datio in solutum*. La querelle des écoles n'existait plus; mais Ulpien pouvait bien penser que la *datio in solutum* équivalait à une vente, et qu'elle devait, comme telle, produire l'action *empti*; tandis que Paul pouvait bien aussi être d'avis qu'elle équivalait au paiement. Du reste, que Paul et Ulpien ne fussent pas tout à fait exempts de l'esprit d'opposition qui anima si longtemps les deux écoles, c'est ce dont on pourrait douter en examinant les solutions qu'ils donnent tous deux à propos de l'action *præscriptis verbis* (1).

Mais, ajoute-t-on, il est impossible que les Proculiens aient accordé l'action *ex empto* quand la chose primitivement due n'était pas de l'argent, eux qui exigeaient que le prix de la vente consistât en argent monnayé! La réponse est puisée dans Gaïus qui indique que, entre l'opinion des Sabinien confondant la vente et l'échange, et celle des Proculien qui n'admettaient pour prix de vente qu'une somme d'argent, Cælius Sabinus avait fait prévaloir une doctrine éclectique, selon laquelle on devait considérer comme prix la cession d'une chose vénale, c'est-à-dire, qui, aux yeux du propriétaire ne valait plus

(1) M. Labbé, *loco citato*, p. 565, note 1.

que de l'argent ⁽¹⁾. Le créancier, qui accepte une chose à la place de la chose primitivement due, montre que dans son esprit, cette chose était une chose vénale, qu'il aurait sans doute vendue, s'il l'avait reçue, pour se procurer la chose qu'on lui donne en paiement; l'opinion de Cælius doit donc faire décider ici, par analogie, qu'il y a bien véritablement vente.

On objecte enfin que, même avec la doctrine proculienne, la première obligation devrait subsister, puisqu'elle n'était éteinte que *exceptionis ope*; que par suite, rien ne s'opposait à ce que le créancier exerçât son ancienne action avec toutes ses garanties. L'obstacle devait, croyons-nous, résulter de l'exception tirée par le débiteur de la vente contenue dans la *datio in solutum*. A la demande du créancier, le débiteur répondait par l'exception *rei venditæ et traditæ*, qui paralysait l'action résultant de l'obligation primitive : et le créancier ainsi écarté de ce chef exerçait son recours par l'action *ex empto*. Reste donc à expliquer la persistance au Digeste des textes qui consacrent à la fois l'opinion sabinienne et l'opinion proculienne. Il semblerait que, l'opinion des Sabinien sur l'effet extinctif *ipso jure* de la *datio in solutum* ayant été admise, la conséquence naturelle eût été la disparition de la doctrine accordant l'action *ex empto*. Sans doute, telle eût été la logique. Mais les compilateurs de Justinien nous ont habitués, plus d'une fois, à voir dans leur recueil, des textes formellement contradictoires, et qui ne cadrent nullement avec des doctrines définitivement admises. Ainsi, pour en donner un exemple, ne voit-on pas des textes qui ne peuvent s'expliquer que par l'effet

(1) Const. 1, Cod , *De rer. permut.*, 4. 64.

consomptif de la *litis contestatio* en matière de corréalité, figurer au Digeste, alors que Justinien a aboli cet effet consomptif. Il est donc probable que les compilateurs ont enlevé tous les textes consacrant l'opinion proculienne sur l'extinction *exceptionis ope* produite par la *datio in solutum*, sans réfléchir qu'ils laissaient subsister dans la loi 24 (*De pign. act.*) et dans la const. 4 (C., *De evict.*), une conséquence de la doctrine qu'ils proscrivaient.

Quoi qu'il en soit, un point certain c'est que l'action *utilis ex empto* a été conservée, et qu'il faut en tenir compte puisqu'elle figure dans le Digeste et dans le Code. Si logiquement elle devait disparaître, en fait elle a persisté, peut-être parce qu'elle était en harmonie avec un principe qui tendait peu à peu à se généraliser en droit romain : le principe qui faisait de la garantie la conséquence de tout acte à titre onéreux constituant une personne débitrice d'un corps certain.

Tout d'abord, comme on l'a vu, une *cautio de evictione* pouvait être expressément exigée, en cas de stipulation, et il est probable qu'il en était ainsi pour tous les autres contrats. Mais dans le cas où cette *cautio* n'avait pas été demandée lors du contrat, on décida, comme pour la vente, que la garantie serait sous-entendue, et que l'action *empti* pourrait être exercée au cas d'éviction. C'est ce que démontrent des textes nombreux pour l'échange (L. 1, § 1, Dig., *De rer. permut.*, 19, 4), pour le partage (10, § 2, D., *Com. divid.*, 16, 3), le louage (9 pr., *et passim* D.; *Locati*, 19, 2), le gage (9 pr., *De pign. act.*, 13, 7), la transaction (33, C., *De transact.*, 2, 4). Dans toutes ces hypothèses, on voit que l'obligation de garantie incombe au *tradens*, dans la mesure de l'intérêt qu'avait l'acquéreur à ne pas être évincé. Seulement, il faut bien remar-

quer que, dans tous ces cas, la garantie n'est pas exercée, comme en cas de vente, par l'action *empti*, mais tantôt par l'action *præscriptis verbis*, *pigneratitia*, *communi dividundo*, etc..., selon les diverses opérations juridiques. Mais c'est bien toujours de la garantie qu'il s'agit, et l'action *empti* ou plutôt le résultat de l'action *empti*, en tant que procurant la garantie, se généralise ainsi et s'étend de la vente à toute transmission à titre onéreux.

C'est là un phénomène curieux à constater, que ce développement de la garantie en dehors de la vente : il procède de cette idée que, dans les contrats on doit tenir compte autant que possible des usages et de l'équité. Naturel dans les contrats de bonne foi, il s'étend même aux actes qui, sans participer au caractère *bonæ fidei*, sont cependant d'origine coutumière, tels que la *datio in solutum*.

SECTION III.

Effets respectifs des actions ex empto et ex stipulatu.

§ 1^{er}. *De l'action* EX EMPTO.

Le principe qui domine, c'est que l'acquéreur a droit à être indemnisé dans la mesure de l'intérêt qu'il avait à ce que l'éviction ne se produisît pas : « *quantî interest rem evictam non esse.* »

Supposons d'abord le cas d'éviction totale. L'acheteur, en premier lieu aura droit à la valeur de la chose au jour de l'éviction. Si cette chose a augmenté de valeur, ce sera tant mieux pour lui : si elle a diminué, ce sera tant

pis; car la bonne foi ne lui permet pas de demander davantage. Tel est le principe : mais l'action *empti* est une action qui confère au juge les pouvoirs les plus larges; ainsi si le vendeur est de bonne foi, et que la chose ait augmenté de valeur dans des conditions imprévues et exceptionnelles, il ne condamnera à payer que l'augmentation de valeur qu'on a pu prévoir au moment du contrat. Telle était la règle à l'époque classique, et elle était une conséquence tout à fait normale du caractère de bonne foi de l'action : « *Plane si in tantum pretium excedisse proponas ut non sit cogitatum a venditore de tantâ summâ... iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.* » Le Bas-Empire dénatura ces règles. Au lieu de laisser le juge absolument libre de modérer la condamnation, dans la mesure qui lui paraissait convenable, ce qui est le propre de l'action de bonne foi, il décida que l'on ne pourrait jamais être condamné qu'au double du prix (Const. unique. Code 7, 47). Cette décision, en opposition avec les principes de l'action de bonne foi, est évidemment une innovation de Justinien. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la prolixe constitution qu'il a donnée à ce sujet : quand il innove, l'empereur tient à ce que tout le monde le sache, et c'est bien ici le cas. Aussi est-il impossible de faire remonter, comme on l'a proposé, au jurisconsulte Africain la paternité d'une décision semblable. Il faut, croyons-nous, considérer la loi 44 (Dig., 19, 1) comme une interpolation des compilateurs des Pandectes.

Dans la mesure que nous venons d'indiquer, l'acquéreur a le droit de se faire indemniser quand la chose a augmenté de valeur. Si elle a diminué de façon que le prix soit supérieur à la valeur actuelle, a-t-il le droit de

se faire rembourser le prix intégral. Cette question fort importante a été l'objet d'une vive controverse.

Quelle est la solution rationnelle? En droit romain, la vente de la chose d'autrui est valable, donc il ne peut pas être question de restituer le prix comme détenu sans cause; le prix est détenu sans cause seulement quand la vente est annulée; mais, si elle subsiste, elle constitue une juste cause pour le vendeur de conserver son prix. Seulement, il doit indemniser l'acquéreur de la perte qu'il éprouve par le fait de l'éviction; donc, c'est toujours la valeur de cette chose qui représente l'indemnité par lui due, et jamais le prix. La solution inverse est, au contraire, vraie en droit français, où la vente de la chose d'autrui est nulle; il ne peut plus être question d'indemniser l'acquéreur à raison de la dépossession de l'objet vendu, le prix doit être restitué, comme détenu sans cause, parce qu'il n'y a plus vente. En droit romain, au contraire, la vente étant valable, le vendeur devra à l'acquéreur une indemnité toujours uniforme, la plus haute valeur de la chose au jour de l'éviction. Cependant ce point a été nié, et parmi nos anciens auteurs, Pothier et Dumoulin soutenaient que si la chose avait diminué de valeur, on n'en devait pas moins le prix entier, comme détenu sans cause, et que l'on ne devait la valeur au jour de l'éviction qu'en cas d'augmentation ⁽¹⁾. Dumoulin qui le premier avait soutenu ce système, invoquait en sa faveur l'équité : le vendeur a eu un prix de 100; la chose a diminué de valeur au moment de l'éviction et ne vaut plus que 50; donc il garderait injustement 50;

(1) Pothier, *Vente*, II^e partie, chap. I, § 4 (éd. Bugnet); Dumoulin, *De eo quod interest*, nos 68 et suiv.

il doit, par suite, restituer le prix entier. Cela n'est pas exact. Dans le contrat de vente, le vendeur assure simplement à l'acquéreur qu'il aura la chose, à tout événement, et en courant la chance soit de l'augmentation, soit de la diminution. Or, on l'oblige bien à payer l'augmentation; pour être équitable, il faut le faire bénéficier de la diminution. Cette idée d'un forfait entre les augmentations et les diminutions est l'idée qui préside au contrat d'assurances. Au surplus, on peut remarquer qu'à partir de la vente, les risques de la dépréciation sont à la charge de l'acheteur; pourquoi ne continuerait-il pas à subir ce risque après l'éviction?

Quoi qu'il en soit, selon Dumoulin, l'indemnité due à l'acquéreur se décomposait en deux chefs : le premier (*perpetuum*) dû en tout cas, c'était la restitution du prix; le second (*casuale*) variable, comprenait l'excédant de la valeur de la chose sur le prix; et le prix devait toujours être restitué comme détenu sans cause. Cette théorie n'est pas romaine, car le vendeur détient le prix, en vertu de l'obligation corrélatrice de fournir la possession paisible et durable, obligation qui subsiste, puisque l'acquéreur réclame garantie, précisément par l'action du contrat, l'action *empti*.

Les textes invoqués par Dumoulin et Pothier sont les suivants : En premier lieu, la loi 43 (D., *De act. empti et vend.*, 19, 1) dit : « *Empti iudicium non pretium continet tantum; sed omne quod interest emptoris non evinci.* » De là il résulterait que l'acquéreur doit, en tout cas *pretium*, et, si la chose a augmenté de valeur, *non pretium tantum sed omne quod interest*. En second lieu, la loi 70 (D., *De evict.*, 21, 2) dit également : « *Evicta re, ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum,*

sed ad id quod interest competit. » Donc on aurait droit non-seulement au prix (on y a droit en tout cas), mais à la plus-value, le cas échéant.

Tels sont les deux textes fondamentaux sur lesquels s'étaye la théorie de Dumoulin et de Pothier. Il est facile de voir qu'ils ne fournissent pas un argument bien solide. Et tout d'abord, si l'on interprète, sans parti pris à l'avance, les phrases que nous venons de relater, on verra que l'opinion des jurisconsultes se ramène à ceci : vous avez droit non-seulement au prix, mais au *quod interest rem non evictam esse*. Or, quand peut-il être question d'élever une prétention semblable, sinon quand la chose a augmenté de valeur. Donc il ne faut pas induire de ces textes cette distinction : vous avez droit au prix en tout cas, et au *quod interest*, s'il y a eû augmentation. Mais il faut les lire ainsi : le *quod interest* est supérieur au prix en cas d'augmentation. Pour que l'opinion de Pothier et de Dumoulin fût acceptable, il faudrait démontrer que les textes accordent formellement droit au prix tout entier en cas de diminution, et cela non-seulement les textes ne le démontrent pas, mais ils se prononcent formellement en sens contraire.

Ce sont d'abord les textes mêmes cités par Pothier et Dumoulin, si, au lieu de n'en tirer qu'une phrase, on les suit jusqu'au bout. La loi 70 précitée ajoutée, en effet : « *Ergo et si minus esse cœpit, damnum emptori erit.* » S'il y a diminution, l'acquéreur supporte le dommage, c'est-à-dire qu'il n'a droit qu'à la valeur devenue inférieure au prix : car, s'il avait droit au prix tout entier, non-seulement il n'y aurait pas *damnum*, mais avantage, puisque l'acquéreur aurait plus que s'il avait gardé la chose.

Il est vrai que Pothier et Dumoulin donnent du texte cette explication singulière : Quand le jurisconsulte, disent-ils, indique que l'acquéreur supporte le *damnum* résultant de la diminution, il veut dire par là qu'il subira un dommage résultant de ce qu'il perd la plus-value que la chose n'a pas acquise et qu'elle aurait pu acquérir. Il perd cette plus-value parce qu'il n'a droit qu'au prix ; donc il subit un dommage.

C'est là, il faut l'avouer, l'explication la plus singulière qu'on puisse imaginer. Jamais les jurisconsultes ne disent qu'il y a *damnum*, quand on n'acquiert pas un bénéfice ; il y a *damnum* quand on perd une chose qui sort du patrimoine, et non quand on manque d'acquérir. Le *damnum emergens* s'oppose, selon une terminologie bien connue, au *lucrum cessans* ; le premier indiquant une perte véritable subie, une diminution de patrimoine ; le second un simple gain manqué.

Quant à la loi 43, elle vise manifestement un cas où il y a eu augmentation de valeur de la chose. C'est un esclave qu'on a acheté ignorant, et dont on a fait un lettré à grands frais. En cas d'éviction, dit Paul, vous pouvez réclamer non-seulement le prix, *sed sumptus quos in erudiendum hominem fecisti*. Où voit-on là qu'il soit question de restituer le prix en cas de diminution. La loi 45, au même titre 19, 1, vient encore rendre cette explication plus évidente. On ne doit pas obliger, en cas d'augmentation, à restituer une valeur supérieure à celle que l'on a eue en vue en contractant (ce qui fait allusion au pouvoir du juge indiqué plus haut de restreindre la condamnation dans les limites de l'équité, quand la chose a subi des augmentations extraordinaires) et cela de même que « *minuitur præstatio, si servus deterior apud*

emptorem factus sit cum evincitur, » dit le jurisconsulte.

Les autres textes que l'on peut invoquer ne sont pas moins probants. La loi 66 (*De evict.*, Dig.), qui est relative à la *stipulatio duplæ*, pose ce principe dont la généralité régit toute hypothèse : « *Quod periit, damnum emptori, non venditori, attulit.* » Et il s'agit ici d'une perte partielle, d'une détérioration. La loi 8 (D., 18, 4) prévoit le cas où une hérédité a été vendue. S'il y avait une hérédité, mais que l'acquéreur ne puisse l'obtenir, le vendeur est condamné à indemniser l'acquéreur, dans la mesure de la valeur de cette hérédité. S'il n'y avait pas d'hérédité du tout, on restitue le prix, et, si cette acquisition a été pour l'acquéreur la cause de quelques impenses, on les comprendra dans le *quod interest* (9, Dig., *eod tit.*). Enfin, la constitution 23 (Cod., *De evict.*, 8, 45) dit : « *Notum est quanti tuū interest rem evictam non esse teneri (venditorem), non quantum pretii nomine dedisti.* »

De tous ces textes, résulte cette idée conforme à la nature de la vente romaine, à savoir que l'acquéreur n'a droit qu'au dommage causé par l'éviction, dommage que fixe invariablement la valeur de la chose au jour de l'éviction, qu'elle soit supérieure ou inférieure au prix, peu importe. L'opinion de Pothier et Dumoulin, déjà battue en brèche par quelques auteurs de notre ancien droit (1), doit donc être considérée comme contraire à la fois à l'esprit et aux textes du droit romain (2).

(1) Domat, *Vente*, lib. I, tit. II, sect. 10, n° 15.

(2) Accarias, II, p. 446, note 1; Maynz, *Droit romain*, II, § 312, note 33; Bugnet sur Pothier, III, p. 32 à la note.

Si l'acquéreur a fait des impenses sur la chose vendue, il aura le droit de réclamer à son vendeur tout ce qu'il n'aura pu obtenir de celui qui l'évince, selon les règles de la revendication (*Inst.*, § 30, *De rer. div.*, II, 1; lois 43, § 1; 45, § 1, *Dig.*, *De act. empt.*, 19, 1). De cette façon, il était complètement indemne, car il était sûr d'obtenir, soit de l'un, soit de l'autre, le remboursement de ses impenses réglé selon les principes généraux.

De même, on doit, le cas échéant, tenir compte des fruits et des intérêts du prix (47, § 1 *in fine*, *Dig.*, *eod. tit.*; 16, C., *De evict.*, 8, 45).

Enfin, d'une manière générale, l'acquéreur obtient la valeur de toutes les acquisitions qu'il a faites, à l'occasion de la chose, et que l'éviction lui enlève, et généralement toutes les pertes dont elle a été la cause (*Dig.*, 8, *De evict.*, 21, 2).

Telles sont les règles qui régissent le cas où l'éviction était totale. Si elle était partielle, elle pouvait consister dans la perte d'une partie matérielle de la chose, ou dans l'obligation de supporter une charge réelle imposée au fonds, selon les explications données au chapitre II.

Dans ce dernier cas, il fallait encore appliquer le même principe : l'indemnité était calculée sur l'intérêt qu'aurait eu l'acheteur à ne pas supporter la charge. Enfin, la même règle s'applique aussi au cas où l'acquéreur était évincé d'un avantage ou d'un droit sur lequel il avait pu compter au moment de la vente (15, § 1, *Dig.*, *De evictionibus*).

Dans le cas où l'éviction partielle portait sur une partie matérielle de la chose, il fallait distinguer suivant qu'elle portait sur une fraction indivise ou divise de la chose vendue. Si elle portait sur une partie de la

chose, par exemple, le tiers, le quart, l'acquéreur avait droit à la quote-part de la valeur totale correspondant à l'importance de la partie évincée (1, Dig., *De evict.*). Si l'éviction portait sur une part divise et distincte, par exemple, une prairie, un champ faisant partie d'un domaine déterminé, en ce cas, le recours devait être calculé sur la valeur de cette portion considérée *in abstracto*, c'est-à-dire non pas sur la valeur qu'elle aurait par rapport à l'ensemble, mais sur la valeur qu'elle a en elle-même, comme objet distinct du tout (Dig., lois 1 et 64, *De eviction.*, 21, 2).

A quelle époque devait-on apprécier la valeur de la chose évincée? Il semble que la question soit même inutile, car il ressort de ce que nous avons dit plus haut qu'il fallait naturellement se placer au moment de l'éviction. Cependant la loi 13 (D., *De evict.*) donne pour base de cette appréciation la plus haute valeur de la chose depuis la vente. On peut supposer que ce texte se réfère à l'action *ex stipulatu*, qui suit, comme on le verra, des règles différentes de celles de l'action *empti*; peut-être faut-il dire avec certains auteurs que ce texte est interpolé (1). Quoi qu'il en soit, la règle est certaine : la valeur de la chose est appréciée au jour de l'éviction.

Dans le cas où la chose vendue était une créance, *nomen*, le cédant ne garantissait pas la solvabilité du débiteur cédé; mais il garantissait, sauf convention contraire, l'existence de la créance. Il fallait donc que le cédé fût réellement débiteur, et qu'il fût dû au cédant lui-même, et qu'aucune exception ne vînt paralyser la demande. Si ces conditions n'étaient pas remplies, le ces-

(1) Maynz, § 212, note 45.

sionnaire avait naturellement droit à des dommages-intérêts : « *Celsus scribit non debitorem locupletem esse præstare (venditorem) sed debitorem esse, nisi aliud convenit.* » (4, D., *De hered. vel act. vend.*, 18, 4). Cependant si la créance a été vendue comme représentant une somme déterminée, les dommages n'excèdent pas cette somme (loi 5, *ibid.*).

Nous avons supposé jusqu'ici, que la vente avait été faite par celui qui se présentait investi d'un droit de propriété sur la chose. Mais nous avons vu plus haut que le créancier hypothécaire envoyé en possession, ou le gagiste, avaient aussi le droit de vendre. Supposons que la vente ait été effectuée par eux. Si le créancier gagiste avait vendu comme tel, et que l'éviction provînt d'un défaut de droit en sa personne, on a vu qu'il devait garantie. Il ne la devait pas, au contraire, si la cause de l'éviction procédait du fait du débiteur principal. Dans ce cas, l'acquéreur n'avait pas droit à la restitution du prix, et il avait même été décidé que s'il n'avait pas payé ce prix, il pouvait être tenu de le faire, une fois l'éviction consommée (11, § 16, *De act. empt.*, D., 19, 1, et 68 pr., 21, 2). Cette décision peut surprendre au premier abord : elle se justifie cependant par cette idée que : lorsque le créancier a vendu *jure creditoris*, il a montré par là à l'acquéreur la possibilité d'une éviction ; or, cette éviction, il en est responsable quand elle émane d'un défaut de droit dans sa personne, mais non quand elle émane du fait d'autrui. En outre, l'acquéreur ne perdait pas entièrement ses droits. Il était mis aux lieu et place du créancier hypothécaire, au point de vue du recours que celui-ci pouvait exercer contre le débiteur constituant. En effet, le prix que pouvait garder ou exiger le créancier, il l'im-

putait sur sa créance et libérait d'autant l'acheteur. Il avait donc une action inutile qu'il pouvait céder sans aucune crainte, et sans dommage, puisqu'il était désintéressé : c'était l'action *pigneratitia contraria*. Avant la vente, ayant reçu un gage sur la chose d'autrui, ou mis en possession à raison de l'hypothèque, il pourrait intenter cette action *pigneratitia contraria*, afin d'obtenir réparation du préjudice causé (9 pr., D., 43, 7), préjudice calculé sur l'intérêt qu'il avait à ce que le constituant fût propriétaire. Mais il n'avait pu agir ainsi, et, par le fait de la vente et du paiement du prix, cette action lui devenait impossible. Il devait la céder à l'acquéreur qui obtenait cette cession à l'aide de l'action *empti* (38, D., 21, 2).

Il peut paraître étrange, au premier abord, que l'action du contrat de vente soit accordée contre une personne qui n'y a pas été partie : le créancier. Mais on peut répondre que le constituant, quand il a consenti le gage ou l'hypothèque, a entendu permettre au créancier de vendre à l'échéance, en cas de non paiement; qu'il l'a constitué *procurator in rem suam*, et, par suite, qu'il est représenté par ce créancier dans les actes par lui accomplis. La loi 38, qui consacre ce principe, est remarquable en ce sens qu'elle est la base logique et rationnelle de toute cession d'actions : « *Cui non æquum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sinè dispendio creditoris futurum est.* »

Cette solution fut admise d'abord pour le gage et l'hypothèque conventionnelle, et puis elle fut étendue au *pignus giudiciale* (74, § 1, D., 21, 2).

Cette action utile permettait à l'acquéreur de ramener à effet la garantie contre son vendeur. Mais donnait-elle tout ce que donne le recours en garantie ordinaire,

c'est-à-dire tout le *quanti interest rem non evictam esse*? Non, et selon la loi 74, § 1, précitée, elle n'attribuait que le prix de vente avec les intérêts, déduction faite des fruits qui n'avaient pas dû être restitués au revendiquant. La question qui se pose ici est celle de savoir, si cette solution spéciale doit être appliquée à toute hypothèse où il y a éviction à la suite d'acquisition d'une chose engagée; en d'autres termes, si la loi 74 qui ne vise *in terminis* que la vente du *pignus judiciale* doit être étendue à la vente du *pignus conventionale*, ou s'il faut appliquer, dans ce dernier cas, les règles ordinaires? Sur ce point, il y a controverse.

D'après une opinion ⁽¹⁾, il faut limiter la décision de la loi 74 au cas du *pignus judiciale*, et appliquer les règles ordinaires de l'action *empti* au cas de vente du *pignus conventionale*. Dans le premier cas, en effet, dit-on, l'aliénation a eu lieu en dehors de la volonté du débiteur, on ne peut donc le rendre indéfiniment responsable des suites d'un acte auquel il n'a pas participé; tout ce que l'on peut logiquement exiger, c'est qu'il n'en retire pas de bénéfice; il ne devra donc que le prix et les intérêts. Au contraire, lorsqu'il s'agissait de la vente du gage conventionnel, le débiteur qui ne payait pas sa dette à l'échéance était censé consentir à la vente de l'objet engagé, et, par suite, on pouvait le considérer comme vendeur, et lui imposer toutes les obligations résultant de la garantie.

Cette manière de voir ne nous paraît pas admissible. Quand le débiteur ne paie pas sa dette à l'échéance, il est censé consentir à la vente de l'objet engagé, abso-

(1) Labbé, *Revue pratique*, t. XIX, 1865, p. 287 et suiv.

lument comme il est censé se soumettre à la main-mise judiciaire, d'où résulte le *pignus judiciaire*, quand il ne satisfait pas à ses obligations. En réalité, il ne consent pas plus dans un cas que dans l'autre : dans les deux cas, il ne réalise pas ce qu'il a promis : on l'exécute, mais il ne participe pas plus à la vente du gage conventionnel qu'à la vente du gage judiciaire, puisqu'il reste aussi étranger aux opérations du créancier qu'à celles des officiers de justice. La solution doit être la même dans les deux cas.

Pour soutenir l'opinion contraire, on invoque un argument d'analogie tiré de la loi 24 pr. (D., 13, 7, *De pign. act.*). Un créancier gagiste n'a pu trouver d'acquéreur, et, dans cette circonstance, il a demandé à l'empereur et obtenu de lui la faculté de conserver le gage comme propriétaire, et moyennant l'extinction de sa créance, jusqu'à concurrence de la valeur estimative du gage. Il est évincé; peut-il recourir contre le débiteur par l'action *pigneratitia contraria*? Non, dit Ulpien, car le contrat de gage est dissous; toutes les obligations qu'il comportait ont été accomplies par l'obtention de la propriété, mais on accordera une action *utilis ex empto*, comme en cas de *datio in solutum* (*Vide* plus haut, sect. II, § 2), qui fera obtenir ou le montant de la dette primitive, ce qui sera, en général, suffisant pour désintéresser le créancier, ou bien la réparation de tout le dommage causé par l'éviction. Cette solution, dit-on, montre bien qu'en cas d'éviction du gage conventionnel, le créancier doit avoir tout le *quod interest*. Nous repousserons, quant à nous, cet argument d'analogie : de même que le créancier qui a obtenu de l'empereur la propriété de la chose, a droit à tout le *quod interest*,

de même l'acquéreur qui a acquis du créancier vendeur y a droit aussi, car, pas plus dans ce cas que dans l'autre, le débiteur n'a participé à la vente; il y a analogie de situation.

Et tout d'abord, il ne faut nullement assimiler le cas où le créancier ayant obtenu de l'empereur *impetratio dominii* selon les formalités du titre XXXIV, liv. 8 au Code, est ensuite évincé de l'objet sur lequel son gage avait été constitué, et celui où c'est ce créancier lui-même qui vend à un tiers, lequel tiers est à son tour évincé. Dans ce second cas, le tiers n'a pas traité avec le débiteur lui-même : il n'a connu que le créancier; on ne peut donc rendre le débiteur indéfiniment responsable, et voilà pourquoi la restriction admise eu égard au *pignus judiciaire* nous paraît de tout point équitable, lorsqu'il s'agit de la vente du gage conventionnel. Mais, quand le créancier s'est lui-même payé en nature sur l'objet engagé, il y a une véritable *datio in solutum* acceptée et réclamée par le créancier gagiste. L'hypothèque ou le gage disparaît : « *videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum*, » dit Ulpien. Il reste une *datio in solutum*. Or Ulpien, et c'est ce qui résulte de la loi même qui nous occupe, admet ici l'opinion que la *datio in solutum* ne donne naissance, en cas d'éviction du créancier qui l'a acceptée, qu'à l'action *utilis ex empto*. Or, si le créancier avait agi avant de se faire accorder le *dominium* par l'empereur, il aurait pu, nous l'avons vu, demander au débiteur par l'action *pigneratitia contraria*, tout le préjudice que lui a occasionné ce fait que le constituant n'était pas propriétaire. Or, si Ulpien admettait la théorie qui ne donne que l'action *ex empto*, en cas d'éviction de la chose donnée *in solutum*, il conciliait

cette idée avec la règle d'équité, qui doit être observée dans une action de bonne foi, et permettait d'obtenir par l'action *ex empto* tout ce qu'on aurait pu obtenir par l'action *pigneratitia contraria : ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum ejus intersit*. Voilà la considération qui légitime l'étendue de l'action *ex empto* dans notre hypothèse. On se rend bien compte qu'elle ne se retrouve plus en cas de vente d'un gage conventionnel. Sans doute, l'acquéreur évincé pourra obtenir la cession de l'action *pigneratitia contraria*, mais la raison indique qu'elle ne saurait produire à son égard les effets que produira l'action *ex empto*, pour le créancier, dans le cas de la loi 24 précitée. Il n'y a nullement, en ce qui le concerne, *datio in solutum*; il n'a pas contracté directement avec le débiteur, comme l'a fait le créancier hypothécaire, et la bonne foi qui légitimerait la garantie avec toutes ses conséquences n'astreint pas ici le débiteur, puisqu'il n'a pas vendu. Tout ce dont celui-ci doit être tenu, c'est de ne pas s'enrichir aux dépens de l'acquéreur, et il se conformera à cette règle en lui restituant le prix et les intérêts; encore une fois, le débiteur constituant opposera à l'acquéreur que la vente n'a pas été faite par lui, qu'il n'a donc pas à garantir, tandis que cette exception ne pourrait être opposée au créancier hypothécaire qui a directement traité avec le constituant. Que si l'on oppose maintenant ce principe que nous avons admis plus haut, dans une certaine mesure : à savoir, que le créancier agit comme le *procurator* du constituant, nous répondrons que, si cette idée est nécessaire pour faire admettre l'action *ex empto*, il ne faut pas la pousser dans des limites que la bonne foi réprouve : elle pourra sanctionner l'obligation de restituer le prix et les intérêts, parce que le débiteur

a été libéré dans cette mesure : mais ce serait dépasser le but que de lui faire produire tous les effets d'une garantie que le débiteur n'a jamais voulu endosser. Au surplus, si l'action *ex empto*, devait, dans ce cas, aboutir à la garantie complète, pourquoi ne produirait-elle pas le même effet, dans la vente du *pignus judiciaire* où elle est également accordée. On dit, qu'en ce cas, le débiteur ne peut être réputé vendeur; nous croyons avoir démontré qu'il ne pouvait l'être davantage, dans le cas de vente du gage conventionnel.

Enfin, un dernier motif nous paraît pouvoir être invoqué, à l'appui de la thèse que nous défendons. Si le créancier n'est pas garant de l'éviction, et si même dans certains cas, il peut, comme on l'a vu, garder le prix et forcer l'acquéreur à le payer, c'est qu'il ne se livre pas à un acte de spéculation et qu'il subit une nécessité. Or, il est certain que cette considération s'applique d'une façon absolue au débiteur. A coup sûr, il ne spéculé pas et subit une nécessité, aussi bien en cas de vente du gage conventionnel que du gage judiciaire. Si donc il doit restituer le prix, à la différence du créancier, c'est qu'il est libéré d'autant, tandis que le gagiste reçoit ce qui lui est dû; mais, à part cette différence, il faut les traiter d'une façon égale, car ils sont dans une situation identique.

§ 2. De l'action EX STIPULATU.

Ici nous n'avons pas à étudier les nuances diverses que nous avons signalées en nous occupant de l'action *ex empto*. L'action *ex stipulatu* est de droit strict : elle donne droit en tout cas et exclusivement au double du prix,

quand se trouvent réalisées les conditions nécessaires pour l'exercer. Nous n'avons donc pas à insister davantage, et nous devons nous borner à constater que le double stipulé pouvait être réclaté, le cas échéant, soit par l'action *ex stipulatu*, soit même par l'action *empti*, quand la stipulation n'était pas intervenue, selon qu'il a été dit à la section première du présent chapitre : on prenait pour base, d'une part, le prix de vente, et de l'autre la chose telle qu'elle se comportait au moment du contrat, sans tenir compte des augmentations ou des diminutions qui avaient pu l'atteindre (64 pr. et §§ 1 et 2, Dig., *De evict.*, 21, 2). Tel est le principe certain et incontestable : mais ici s'élève une question qui doit attirer notre attention. Supposons que l'éviction ait porté sur une part indivise de l'objet vendu : par exemple, 200 *jugera* sur 400 vendus ; faut-il dire, en ce cas, que la stipulation sera commise pour moitié, ou doit-on admettre que la stipulation ne sera commise que lorsque l'objet vendu sera évincé tout entier ? Certains interprètes veulent que l'éviction soit totale : on doit, en effet, disent-ils, décider la question, selon les principes d'interprétation rigoureuse de la stipulation dont les termes visent l'éviction totale, et ne peuvent s'appliquer au cas où il n'y a éviction que d'une quote-part : pour qu'il en fût différemment, il faudrait une clause expresse insérée au contrat : « *In stipulatione duplæ, cum homo venditur, partis adjectio necessaria est; quia non potest videri homo evictus, cum pars ejus evicta est,* » dit la loi 50, § 2 (Dig., 21, 2). Nous estimons, quant à nous, que l'éviction d'une part indivise devait entraîner la commise de la stipulation, dans la mesure de la partie enlevée.

Au point de vue logique, le fait d'avoir stipulé le double

du prix pour l'éviction, implique, chez les parties, l'intention d'avoir stipulé la commise du double du quart, de la moitié du prix, quand l'éviction porte sur le quart, sur la moitié de la chose, et cette clause formelle que l'on réclame devient inutile, car elle est facilement insérée au contrat par l'intention des contractants : « *eadem vis est taciti atque expressi.* » Les textes que l'on cite, et desquels on veut faire résulter que la stipulation ne serait pas commise en cas d'éviction partielle, ne sont pas probants; car ils concernent des parties hétérogènes, accessoires, telles que le part des esclaves, le produit des troupeaux, à raison desquels il est bien vrai de dire que leur éviction n'entraîne pas celle de l'objet principal (*puta* les lois 36, 42, 43, 44, Dig., *De eviction.*, 21, 2). De même aussi, la loi 36, § 2, plus haut citée, n'a pas trait à notre hypothèse : car elle vise le cas d'éviction d'une chose indivisible dans l'intention des parties, quoique intellectuellement divisible. Si donc un tiers fait reconnaître son droit à la moitié de la propriété de l'esclave, il y aura là une éviction suffisante pour donner naissance à l'action *empti*, mais ce ne sera pas cette éviction nécessaire pour donner naissance à l'action *ex stipulatu*, qui ne se conçoit que lorsque la totalité de l'esclave est enlevée, parce qu'il forme un tout qu'ont visé les parties en faisant la stipulation. Au contraire, quand nous avons fait la stipulation *duplæ*, eu égard à 400 *jugera*, notre intention est de considérer, non pas le domaine *in abstracto*, comme un esclave, mais les diverses parcelles dont il se compose, de façon que si certaines sont enlevées, il paraisse tout naturel de déclarer la stipulation commise pour les parts enlevées. C'est ce dont on se rend parfaitement compte quand on lit la loi 64, Dig. (*De eviction.*, 21, 2) qui, prévoyant l'hypothèse

où une part indivise du fonds vendu se trouve évincée, accorde formellement la *stipulatio duplæ*, dans la mesure de cette éviction. On a prétendu que l'éviction partielle avait été ici prévue lors de la stipulation; c'est là une supposition arbitraire, et qui est d'autant moins autorisée que lorsque l'*adjectio partis* a été stipulée, les jurisconsultes l'indiquent expressément, comme on a pu s'en convaincre par l'examen de la loi 56, § 2, précitée.

Cette comparaison des actions *ex empto* et *ex stipulatu*, de leurs caractères réciproques, et des effets qu'elles produisent, nous indique pourquoi elles ont subsisté toutes les deux, dans le droit romain, au lieu de se fondre ensemble. Il peut paraître singulier, au premier abord, de les voir se perpétuer, jusque dans la législation de Justinien, alors que par l'action *ex stipulatu* l'acquéreur obtenait le double de prix d'achat, et qu'il pouvait même exiger le double du prix sans stipulation. Il semble que l'action *ex stipulatu* ait dû être absorbée par l'action *ex empto*, selon le progrès constant du droit, qui tendait peu à peu à remplacer les actions de droit strict par des actions de bonne foi. Mais ici il se produit le même phénomène qu'on rencontre dans d'autres institutions juridiques, et qui fit, par exemple, subsister l'action résultant de la fidéjussion à côté de celle qui résultait du *mandatum pecuniæ credendæ*. Seulement il y a cette différence, que le *mandatum pecuniæ credendæ* fut introduit pour pallier les avantages qui résultaient du caractère strict de la fidéjussion, tandis qu'ici ce fut un contrat de droit strict, la *stipulatio duplæ*, qu'on imagina pour procurer des avantages supérieurs à ceux qui procuraient l'action de bonne foi. Quoi qu'il en soit, on maintint l'action *ex stipulatu* et l'action *empti* côte à côte, parce

que chacune d'elles répondait à des besoins distincts et respectifs qu'une seule n'aurait pu réaliser : l'action *ex stipulatu* procurait, en règle générale, un bénéfice supérieur à la valeur de la chose au jour de l'éviction, mais ne permettait d'apprécier ni les accessoires de la chose vendue, ni les intérêts, ni les fruits, ni les impenses : l'action *empti*, au contraire, faisait rentrer, dans l'indemnité due à l'acquéreur, tout l'intérêt qu'il avait, à ne pas être évincé, et se donnait à propos de toute vente, tandis que la première n'était usitée que dans les ventes d'objets de valeur. On comprend donc que les textes les mentionnent toutes deux : car toutes deux correspondaient à des situations et à des utilités différentes (1).

(1) Maynz, II, p. 195 et suiv.

CHAPITRE IV.

Quelles sont les causes de cassation de l'obligation de garantie?

La garantie est présumée avoir été dans l'intention des parties, et voilà pourquoi la loi la présume en cas d'éviction. Mais il ne faudrait pas croire qu'elle soit de l'essence de la vente. Aussi les parties peuvent-elles y déroger par une convention contraire : elle n'est, en effet, que de la nature de la vente. Il y avait des cas dans lesquels la manière d'être de la chose vendue, ou quelques circonstances de la vente devaient faire présumer chez le vendeur l'intention de ne pas garantir.

Ainsi je vous rends une chance, *alea* : si j'ai quelques droits sur la chose, je les vends : le vendeur doit seulement prouver qu'il a la chance : tant pis pour l'acquéreur, si cette chance tourne contre lui. Ainsi j'achète le poisson que le pêcheur apportera dans son filet, ou le gibier que le chasseur prendra à la chasse; il est clair que si rien n'est pris, je n'aurai droit à rien (L. 2, § 18, D., 19, 1). Cette solution explique ce qui a été dit plus haut, à sa-

voir : que lorsque je vous vends une créance, je ne dois garantir que l'existence de la créance; car la solvabilité du débiteur, c'est la chance que vous courez en vous portant acquéreur du *nomen*. C'est ce qui explique encore que, si je vous vends une hérédité, je ne suis tenu à vous garantir que le titre, et non pas un émolument plus ou moins considérable. C'est ce qui fait enfin, que si je ne vous vends pas une hérédité actuellement en ma possession, mais si je fais avec vous le contrat suivant : « *Si qua hereditas mihi est emptā, tibi vendita est,* » on considère qu'il y a là *spes hereditatis*, que les jurisconsultes assimilent formellement à l'espérance basée sur le coup de filet du pêcheur, et qui donne un résultat aussi aléatoire (11, Dig., 18, 4). *

Il peut se faire encore, que le vendeur ait déclaré à l'acquéreur, telles ou telles causes d'éviction probables, ou que l'acquéreur les ait connues; l'acquéreur est alors présumé avoir renoncé à la garantie, avoir acquis à ses risques et périls; différemment, il aurait dû exprimer une intention contraire; mais son silence fait présumer qu'il renonce à la garantie (const. 27, C., *De evict.*, 4, § 5; Dig., 44, 4, *De dol. mal. met. except.*).

Il peut encore se faire que le vendeur ait inséré dans le contrat de vente une clause formelle de non-garantie. Quel en sera l'effet? Sur ce point, une vive controverse s'est élevée entre les interprètes du droit romain. L'article 1629 du Code civil décide que la clause de non-garantie oblige, en cas d'éviction, le vendeur à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction, ou qu'il ait acquis à ses risques et périls. Ce principe est logique dans une législation, qui admet comme la nôtre, que la vente de la

chose d'autrui est nulle : le prix doit être restitué, car il serait détenu sans cause; et tout ce dont la clause de non-garantie peut libérer le vendeur, c'est des dommages-intérêts; car la restitution du prix est réclamée, en dehors de toute idée de garantie, par une sorte de *conditio sine causâ*. Mais nous avons vu que le système inverse avait prévalu à Rome, et que la vente de la chose d'autrui était valable; que le prix n'était jamais réclamé en cas d'éviction, et que, contrairement à la doctrine de Pothier et de Dumoulin, l'acquéreur n'avait jamais droit qu'à la valeur de la chose au moment de l'éviction. Il paraît donc résulter de ces principes que la clause de non-garantie, le *pactum de non præstandâ evictione* doit avoir pour effet, de libérer le vendeur de toute responsabilité, et qu'on ne doit pas lui imposer la restitution du prix.

Cependant la question paraît avoir été résolue en sens divers par les jurisconsultes. Il faut mettre de côté le cas de dol; car, dans cette hypothèse, en dépit de toute clause de non-garantie, l'acheteur pourrait intenter l'action *empti* contre son vendeur pour se faire indemniser (11, § 18 *in fine*; D., *De act. empti*, 19, 4). Dans le cas où le vendeur a ignoré le danger de l'éviction, et a stipulé une clause de non-garantie générale, la loi précitée paraît admettre que l'acquéreur aura toujours droit au prix : « *Si apertè in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstitum iri, pretium quidem deberi re evictâ, utilitatem non deberi : neque enim bonæ fides contractus hanc patitur, conventionem, ut emptor rem amitteret, et venditor pretium retineret.* » Telle est la solution donnée par Julien; elle s'appuie sur l'idée de bonne foi : l'acheteur dira, dans ce système, à son vendeur : Ne me devant pas garantie, vous ne pouvez courir la chance de

me payer plus que le prix ; il est donc juste que vous ne reteniez pas ce prix que vous garderiez sans cause. Ulpien rapporte ce passage de Julien ; mais l'approuve-t-il ? C'est ce qui paraît résulter, au premier abord, de la lecture du texte ; mais si on l'examine plus attentivement, on se rend compte qu'il n'en est rien. Le texte, en effet, est construit de la manière suivante : Ulpien rapporte la manière dont Julien comprend la clause de non-garantie. Si le vendeur, dit Julien, a promis *per se perque heredem suum non fieri quo minus emptori habere liceat*, il doit, en ce cas, le prix, et non d'autres dommages. La même solution, toujours selon Julien, est admise en cas de clause de non-garantie : « *Nisi fortè quis omnes istas superscriptas conventiones recipiat, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus.* » Et Ulpien reprend en indiquant son opinion personnelle qu'il exprime ainsi : « *Sed in superscriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendidit : tunc enim, secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam, dicendum est ex empto eum teneri, qua dolo facit.* » La pensée de Julien est, croyons-nous, la suivante : il faut faire restituer le prix quand on n'a pas garanti le fait d'autrui, et en cas de clause générale de non-garantie, si l'on ne veut pas traiter les ventes qui contiennent, ces clauses, comme des ventes aléatoires ; comme la vente d'un coup de filet. Alors apparaît la pensée d'Ulpien : « *sed contra dicendum in superscriptis conventionibus.* » Il faut dire le contraire, dit-il, pour les clauses *supra scriptæ*, c'est-à-dire pour ces clauses que Julien lui-même qualifiait de *supra scriptæ*, et qui comprennent notamment la clause de non-garantie.

Avec cette manière d'entendre le texte, on aboutit à décider que l'opinion de Julien est une opinion isolée, qu'Ulpien rapporte uniquement pour la combattre, et on met ainsi Ulpien d'accord avec les principes de la vente romaine. Au surplus, on peut prétendre, non sans raison, que la clause de non garantie transforme pour l'acquéreur, qui l'accepte, la vente en un contrat aléatoire; c'est comme si le vendeur lui disait : Vous aurez la propriété si je suis propriétaire; et si je ne le suis pas, vous en courez le risque. Cela devient encore plus plausible si l'on réfléchit que, presque toujours, la clause de non-garantie fera baisser le prix de vente, et qu'ainsi l'acheteur acquerra à peu près dans les conditions où acquiert celui auquel on vend une hérédité, et qui n'a aucune garantie, si l'émolument qu'elle lui procure est insignifiant. Si l'on admet ce point de vue, on pourra alors tirer argument de toutes les lois qui décident qu'en cas de vente aléatoire, on doit payer le prix bien que la chance ne se soit pas réalisée (1).

La garantie cesse encore, lorsque la cause de l'éviction n'est pas antérieure à la vente, et émane d'un fait postérieur au contrat.

Aussi, par exemple, l'acquéreur a été dépouillé par violence : c'est à lui de faire respecter son droit de propriété, que le vendeur lui avait délivré intact (const. 17, Cod., 4, 49, *De act. empti et venditi*).

Il faut donc que le fait qui donne lieu à l'éviction soit antérieur à la vente, et émane du vendeur, au moins en germe, selon l'expression de Pothier (1). Il faut que

(1) En ce sens : Maynz, II, p. 197, note 48.

(2) Pothier : *Vente*, n° 86, p. 39 (Édit. Bugnet).

l'éviction se rattache à un défaut de droit du vendeur, et il importe peu, du reste, que ce défaut de droit soit relatif à la propriété ou à la possession. La loi 2, § 13, dit, en effet, que le vendeur doit garantir son acquéreur, aussi bien dans une action possessoire, que dans une action pétitoire.

La garantie cesse encore, lorsque l'éviction, procédant d'un défaut de droit de la part du vendeur, pouvait cependant être empêchée par l'acquéreur : par ex., quand, pouvant interrompre une usucapion commencée, il ne l'a point fait, ou lorsqu'il a négligé d'usucaper lui-même la chose vendue. En un mot, il faut poser ici cette règle que l'éviction procède du fait de l'acquéreur, et partant, que la garantie cesse, toutes les fois qu'il a compromis le droit qui lui avait été livré, ou que, le pouvant, il a négligé de l'améliorer, et ce, qu'il y ait dol, faute ou même simple négligence. Ainsi l'acquéreur a acquiescé au jugement prononçant l'éviction, au lieu de faire appel; ou bien, il n'a pas dénoncé le trouble à son vendeur; ou bien, il a accepté le jugement d'arbitres, au lieu de faire juger le procès par le juge (56, § 1, Dig., 21, 2). Dans tous ces cas, il est déchu.

La garantie cesse, en outre, lorsque l'éviction n'est imputable ni au vendeur, ni à l'acheteur, « mais qu'elle résulte d'un fait, qu'il n'était pas au pouvoir des parties d'empêcher. Ainsi, en cas de perte par cas fortuit, le vendeur était libéré (const. 26, C., *De evictionibus*). De même, quand la condamnation provenait de l'injustice du juge, de son erreur ou de son dol, il n'y avait pas éviction, puisque la sentence avait été prononcée contre le droit; on avait la preuve de l'injustice du jugement dans les faits même de la cause : par ex., quand le juge

avait refusé de tenir compte d'une usucapion acquise au défendeur (1).

Le vendeur n'était pas responsable davantage, quand l'éviction provenait des agissements de l'autorité publique que l'on ne pouvait empêcher, agissements que l'on désigne généralement sous le nom de : *fait du prince*. Ce cas d'éviction ne peut, en effet, logiquement rentrer dans les prévisions humaines; et on ne peut pas dire qu'il soit imputable au vendeur plutôt qu'à l'acheteur : c'est une charge de la chose que l'acquéreur a dû prévoir et accepter en contractant; car il serait absurde d'exiger une garantie contre la force publique.

Enfin, le recours en garantie ne se comprenant que, s'il y a dépossession, cessait naturellement, lorsque le tiers qui avait obtenu gain de cause contre lui, ne mettait pas à profit la condamnation, et laissait l'acquéreur en libre possession. En ce cas, en effet, l'acquéreur gardant sa chose, ne pouvait naturellement se retourner contre son vendeur (57, Dig., *De evictionibus*).

(1) Donneau, VII, 387.



DROIT FRANÇAIS.



LÉGISLATION DES COURS D'EAU

NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES

CONSIDÉRÉE PLUS SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC L'AGRICULTURE ET L'INDUSTRIE.

DROIT FRANÇAIS.

LÉGISLATION DES COURS D'EAU

NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES

CONSIDÉRÉE PLUS SPÉCIALEMENT DANS SES RAPPORTS

AVEC L'AGRICULTURE ET L'INDUSTRIE.

INTRODUCTION.

L'eau est la plus précieuse des richesses placées par la nature à la portée immédiate de l'homme. Nulle n'offre autant de ressources, nulle ne se prête à des applications plus diverses. Elle fournit la plus économique des voies de communication : sa force motrice centuple les forces humaines; les terres qu'elle arrose sont fécondées. Mais aussi nulle richesse naturelle n'échappe plus facilement à la domination de l'homme; mal contenue, elle envahit ses habitations et ses terres; mal dirigée, elle se perd sans profit au milieu des prairies desséchées; les entreprises particulières mal réglées en entravent le cours ou en absorbent sans profit la force motrice.

Le régime des eaux appelait donc naturellement l'attention du législateur. Cependant quand on se livre à l'étude des dispositions légales qui régissent les cours d'eau, on est étonné de ne trouver que des textes épars dans diverses lois, sans lien et sans harmonie. Ce vaste sujet, pour être embrassé dans son ensemble, aurait dû comprendre à la fois : l'irrigation, qui décuple la force productive du sol et sa valeur vénale; l'établissement des usines sur les cours d'eau; l'endiguement, qui défend et conquiert les terrains contre l'envahissement des fleuves; le dessèchement, qui fait surgir un sol fertile des eaux stagnantes qui le couvrent, et le curage, qui procure aux eaux un écoulement facile et régulier, prévient les débordements et assainit les vallées.

Cette œuvre de codification a été, il est vrai, tentée, à plusieurs reprises, par le Gouvernement et les pouvoirs publics; en effet, depuis la rédaction du Code civil, de nombreux projets de loi ont été présentés, ayant pour but de fixer les bases législatives du régime des eaux, de condenser en une loi unique les dispositions éparses dans une foule de lois, édits, ordonnances et décrets, de faire, en un mot, un Code des eaux. Mais les tentatives faites jusqu'à ce jour n'ont pas eu de résultat, au moins en ce qui concerne le projet d'ensemble; car plusieurs lois de détail, que nous rencontrerons dans le cours de cette étude, ont été votées, sous la pression des besoins de l'agriculture.

Pour ne rappeler que les plus récentes de ces tentatives de codification, nous citerons notamment un projet de loi, du mois d'août 1857, sur le Code rural, devant comprendre la législation des eaux. En 1870, le Conseil d'État avait également formulé un projet complet de Code

rural dont le deuxième livre visait le régime des eaux. Ce projet préparé en 1870 et dont les événements politiques avaient empêché la discussion, a été déposé au Sénat, le 13 juillet 1876. Enfin, pour aboutir plus promptement à un résultat, M. Varroy, ministre des travaux publics, a présenté au Sénat, le 29 avril 1880, un projet séparé sur le régime des eaux, emprunté avec quelques modifications assez notables au livre deuxième du projet d'ensemble. La commission, chargée de l'examiner, a terminé son travail et déposé son rapport le 22 décembre 1882. Le projet est actuellement soumis à la discussion du Sénat. Dans l'exposé des motifs et les considérants du projet, on retrouve les raisons qu'invoquaient les auteurs des propositions antérieures : il s'agit d'élucider les questions que soulèvent l'usage et la propriété des eaux ; il s'agit aussi d'utiliser les richesses perdues, et de les utiliser au profit de l'agriculture et de l'industrie, de manière à développer la prospérité intérieure (*Officiel, Documents parlementaires*, janvier 1883, p. 402).

Le cadre de cette étude est nécessairement trop étroit, pour comprendre cet exposé complet du régime des eaux, qui embrasserait les grands fleuves, les petites rivières et les sources, et les envisagerait sous tous leurs aspects différents. Laissant de côté les eaux de source qui sont incontestablement du domaine privé, les grands fleuves qui sont placés par la nature des choses dans le domaine public, nous nous proposons d'étudier le régime légal des petits cours d'eau, de ceux que la loi appelle non navigables ni flottables ; nous rechercherons leur caractère juridique et les différences qui les séparent des autres cours d'eau ; nous essaierons de préciser les droits des riverains, et nous examinerons plus spécialement les dif-

ficultés que peut faire naître leur application aux usages de l'agriculture et de l'industrie, c'est-à-dire leur utilisation au point de vue de l'irrigation et du roulement des usines. Cette matière, de l'avis de tous ceux qui l'ont traitée, soit au point de vue juridique, soit au point de vue de la pratique, est très délicate et très compliquée. Elle présente une foule de questions ardues, controversées, et sur lesquelles la jurisprudence des tribunaux varie incessamment. L'incertitude des principes y forme une nouvelle source d'embarras et de difficultés juridiques. En effet, ce ne sont pas seulement des questions de détail et de peu d'importance qui sont douteuses, la discussion porte aussi bien sur les principes fondamentaux de la matière, par exemple, sur la propriété des cours d'eau. De là une lutte perpétuelle, des procès sans nombre entre les particuliers qui revendiquent cette propriété, et qui veulent obtenir de l'usage des eaux la plus grande somme de services, et l'administration, qui, rebelle à toute idée d'appropriation privative de ces cours d'eau, en réclame la libre disposition, afin de les distribuer aux particuliers, qui présenteront les garanties d'une jouissance avantageuse à la richesse publique.

De là aussi, comme en toute matière obscure, ce grand nombre de traités, de monographies, où les solutions les plus contradictoires ont été proposées, les doctrines les plus diverses ont été développées, où le droit romain, le droit féodal et coutumier, le droit civil ont été tour à tour invoqués, aussi bien par les défenseurs du droit des riverains, que par les partisans des velléités domanistes et des tendances absorbantes de l'administration.

Nous n'avons pas la prétention de nous porter juge dans une question si longtemps et si savamment débattue, et qui sera bientôt tranchée législativement (1). Nous passerons en revue les divers systèmes qui ont été su essivement proposés; nous réfuterons ensuite les arguments qui nous paraîtront faux et inadmissibles, en exposant le système qui nous semblera se concilier le mieux avec les principes du Code civil; ce sera l'objet de la première partie de ce travail.

Dans une deuxième partie, nous aurons à étudier le petit nombre de dispositions du Code civil (art. 640 à 645) qui ont rapport à l'irrigation, et les lois nouvelles qui sont venues compléter cette matière, en créant des servitudes légales d'arrosement ou d'irrigation, dont nous aurons à préciser les conditions et les conséquences juridiques. La loi du 24 juin 1865, sur les associations syndicales, dont plusieurs articles concernent les syndicats d'arrosants, devra aussi être examinée, au moins sommairement.

La troisième partie sera consacrée à l'étude des usines sur les cours d'eau, et des règlements administratifs qui s'y appliquent.

Enfin dans une quatrième partie, nous exposerons les règles de la compétence en matière de cours d'eau, et nous essaierons d'établir, sur ses véritables bases, la démarcation existante entre les droits de police et les droits de propriété, entre la compétence administrative et la compétence judiciaire.

(1) L'article 8 du projet présenté par M. Varroy, tranche, en effet, la question de la propriété du lit des cours d'eau non navigables ni flottables; il a été adopté par le Sénat en première lecture.

PREMIÈRE PARTIE.

Distinctions entre les cours d'eau. Propriété des cours d'eau non navigables ni flottables.



I. Détermination des cours d'eau non navigables ni flottables.

En droit romain, les rivières navigables ou flottables ne sont pas distinguées par leur nature des autres eaux courantes. C'est entre les eaux, suivant qu'elles sont, à raison de leurs propriétaires, publiques ou privées, que les jurisconsultes établissent des différences juridiques. Cette confusion de tous les cours d'eau paraît avoir subsisté longtemps dans le droit féodal. Elle ne disparut que le jour où les légistes, s'avisant de distinguer les rivières par leurs fonctions, et s'inspirant à l'avance du mot de Pascal : « les fleuves sont des chemins qui marchent, » revendiquèrent, au profit du domaine royal, tous les cours d'eau qui pouvaient servir à la navigation, et qui étaient ainsi intimement liés aux intérêts de la société tout entière (V. Ordonnances de 1543, 1566, 1669, 1683).

Dès cette époque, les rivières navigables et flottables

se séparent nettement de celles qui ne le sont pas, et c'est dans la navigabilité qu'il faut alors chercher la différence des cours d'eau, au point de vue juridique.

En effet, l'Assemblée nationale s'empara de cette distinction nettement établie, et la consacra, de la façon la plus explicite, par ses décrets des 22 nov.-1^{er} déc. 1790, 28 sept.-6 octobre 1791. Le Code civil l'a maintenue, et dans l'article 538, a pris comme critérium de la domanialité des cours d'eau, leur navigabilité et leur flottabilité.

Les cours d'eau comprennent donc deux grandes distinctions :

- 1^o Les cours d'eau navigables et flottables, ou du domaine public ;
- 2^o Les cours d'eau non navigables ni flottables.

I. *Cours d'eau du domaine public.* L'ordonnance de 1669 n'appliquait le principe de la domanialité qu'aux fleuves et rivières portant bateaux de leur fonds *sans artifice et ouvrages de mains* (Ord., tit. XXVII, art. 44). Cette restriction n'a été reproduite, ni par les lois de 1790-1791 ni par l'article 538 C. Civ.; d'où nous devons conclure que tout cours d'eau navigable ou flottable, qu'il doive ce caractère à la nature ou à l'industrie de l'homme, appartient au domaine public (Cass., 29 juillet 1828; Trib. des confl., 3 avril et 5 nov. 1850).

Pour qu'une rivière soit considérée comme publique, comme navigable ou flottable, il ne suffit pas qu'elle soit susceptible de porter des bacs ou bateaux d'une rive à l'autre. Ce qui constitue la navigabilité, c'est la possibilité de navigation ou de flottage d'amont en aval, et *vice versa*, selon le fil de l'eau. « Pour qu'une rivière soit

déclarée navigable ou flottable, disait le rapporteur de la loi sur la pêche fluviale, il faut qu'on puisse y naviguer librement, y circuler en bateaux, trains ou radeaux, au moins pendant une partie de l'année, depuis le point où elle aura été déclarée navigable jusqu'à son embouchure. » En un mot, elle doit servir de moyen de transport, et faire l'office de grand chemin.

La navigabilité est donc un fait, comme le fait remarquer Garnier, et cependant, il est de l'intérêt de l'administration et des particuliers, que ce fait soit bien connu de tous, que les rivières réputées navigables soient déterminées d'une manière certaine. On y a pourvu par ce qu'on appelle la *déclaration de navigabilité*.

L'article 3 de la loi du 15 avril 1829 dispose que les fleuves et rivières navigables ou flottables seront déterminés par des ordonnances royales. En exécution de ce texte, une ordonnance du 10 juillet 1835 a donné une nomenclature de ces cours d'eau, augmentée et modifiée depuis par de nombreux actes du pouvoir exécutif. Ces déclarations de navigabilité faites par l'administration ne créent pas le domaine public : elles constatent seulement le fait matériel générateur de la domanialité publique, c'est-à-dire la navigabilité.

Par conséquent, la déclaration administrative n'est nullement nécessaire pour qu'une rivière soit considérée comme navigable ou flottable. La navigabilité est tout en fait, et il n'en peut exister de droit. La question reste donc entière pour les cours d'eau qui ne figurent pas dans l'ordonnance de 1835 et les décrets postérieurs; et, dans ce cas, elle doit être résolue dans chaque espèce par la constatation de l'aptitude du cours d'eau à la navigation. Mais le Conseil d'État décide que l'autorité judi-

ciaire n'a pas qualité pour l'apprécier, et qu'elle doit prononcer le renvoi de cette question à l'autorité administrative (Conseil d'État, 23 juin 1841, 17 août 1864, 2 mai 1866; Ducrocq, *Dr. adm.*, t. II, p. 90; Garnier, *Des eaux*, I, p. 56; Dufour, *Police des eaux*, 64; Dalloz, v^o *Eaux*, 51; *Voirie par eau*, 50; Wodon, *Traité de la possession*, 394). Les rivières navigables ne font partie du domaine public qu'à partir du point où elles sont navigables : « Il faut observer, disait Jousse, que les rivières ne sont du domaine du roi que depuis le jour où elles sont navigables (1). »

Quant aux affluents immédiats non navigables, qui par leur jonction rendent le cours d'eau navigable, ils ne font pas partie du domaine public; autrement il y aurait fort peu de cours d'eau, quelque faible que fût leur volume, qui ne fussent considérés comme appartenant à l'État, puisqu'ils se rendent presque tous à des rivières navigables ou flottables.

Les bras ou ramifications d'une rivière navigable ou flottable en font partie intégrante, quoiqu'ils ne soient pas navigables ou flottables par eux-mêmes; ils n'en sont pas moins des membres utiles à la navigation; et comme tels rentrent dans le domaine public. Ainsi l'ont décidé plusieurs arrêts du Conseil d'État (arrêts 18 mai 1846; 25 juin 1868). Dans le premier de ces arrêts, il s'agissait d'un sieur Gendarme, qui avait élevé des digues et des barrages dans l'un des bras de la Semoy, rivière qui avait été déclarée navigable dans l'ordonnance de

(1) Jousse, sur l'article 4 du titre XVII de l'ordonnance de 1669 : Cassation, 29 juin 1813, 23 août 1819; Déc. Conseil d'État, 11 janvier 1851.

1835. Condamné à démolir ces ouvrages par le Conseil de préfecture des Ardennes, il se pourvut devant le Conseil d'État, en se fondant sur ce que le bras de la Semoy, sur lequel il avait construit le barrage, n'était pas navigable, et ne faisait pas partie du domaine public. Son pourvoi fut rejeté, et avec raison : l'eau qui se sépare du bras principal sur une certaine longueur n'en fait pas moins partie du courant qu'il importe de ne pas laisser appauvrir (Recueil Lebon, 1846, p. 292).

Quant aux bras ou courants non navigables qui se séparent de la rivière publique, pour ne plus y revenir, pour se perdre dans les terres, ils cessent de faire partie du domaine public, dès leur point de séparation (Proudhon, *Traité du domaine public*, n° 760).

Les canaux affectés à la navigation sont de même nature juridique que les rivières canalisées ou les rivières navigables artificielles. Au même titre que les rivières navigables naturelles, ils font partie du domaine public; et il importe peu que les canaux aient été construits par l'État, ou qu'ils aient été concédés par ce dernier, même à perpétuité (Daviel, *Eaux*, 33; Dufour, *Pol. des eaux*, 60; Aubry et Rau, II, p. 40, note 12; Conseil d'État, 22 mars 1851 : *Canaux d'Orléans et du Loing*).

Le flottage par trains ou radeaux est une véritable navigation; comme le transport par bateaux, ce système de transport sert à la transmission des marchandises : on distingue deux sortes de flottage; l'un se fait en réunissant des bois en trains de grande dimension qui doivent être assimilés aux bateaux proprement dits : les rivières qui portent ces trains de bois, sont dites flottables par trains ou radeaux, et appartiennent au domaine public.

Le deuxième mode de flottage consiste à lancer dans

le courant des pièces de bois isolées, pour les faire descendre naturellement jusqu'aux ports navigables : c'est ce qu'on nomme le flottage à bûches perdues; les rivières susceptibles seulement de ce genre de flottage restent dans le domaine privé des propriétaires riverains.

II. *Cours d'eau non navigables ni flottables.* En faisant ce rapide exposé, nous avons, par voie d'exclusion, déterminé quels sont les cours d'eau non navigables ni flottables : ce sont ceux qui ne figurent ni dans le tableau annexé à l'ordonnance du 10 juillet 1835 ni dans les actes de classement faits postérieurement, et aussi toutes parties de rivières situées en amont du point initial de la navigation ou du flottage en trains.

Plusieurs jurisconsultes voudraient distinguer une troisième classe de cours d'eau : les ruisseaux. Merlin (*Questions de droit*, V^o *Cours d'eau*) s'exprime ainsi : « Les rivières navigables et les rivières non navigables ont cela de commun qu'elles sont, les unes comme les autres, consacrées à l'utilité générale, et, qu'en conséquence, elles sont en droit assimilées de tout point, les premières aux grands chemins, et les secondes aux chemins vicinaux et publics. Les simples ruisseaux n'ont qu'une utilité bornée aux particuliers sur les terrains desquels ils coulent. » C'est tout simplement créer une classe de cours d'eau extra-légale. Cette distinction existait, il est vrai, dans notre ancienne législation, et elle avait même été proposée dans le projet de 1791; mais elle ne se trahit nulle part dans notre législation. Comment, du reste, distinguer les rivières des ruisseaux? quel sera le critérium? La distinction ne pourrait être faite qu'arbitrairement. Le droit romain disait que le caractère du fleuve

dépend du volume des eaux et qu'on en pouvait juger par l'opinion des habitants : « *Flumen ex magnitudine discernendum, aut existimatione circumcolentium.* » Demolombe propose également ces bases de distinction. Mais ne sont-ce pas là des éléments bien incertains, bien variables, et d'une reconnaissance bien difficile.

Loysel décidait que les grosses rivières ont pour le moins quatorze pieds, et les petites ou les ruisseaux trois pieds et demi de largeur. Cette différence n'a pas été adoptée par nos lois, et la proposition de Loysel est donc restée à l'état d'opinion. « Cette distinction, disent MM. Aubry et Rau, nous paraît incompatible avec le chapitre IV de l'instruction des 12-20 août 1790, qui charge les autorités administratives de diriger, autant que possible, toutes les eaux du territoire, vers un but d'utilité générale, d'après les principes de l'irrigation, et avec l'article 644 C. Civ., qui n'accorde aux riverains qu'un droit d'usage sur les eaux longeant ou traversant leurs propriétés, sans faire aucune distinction entre les petites rivières et les simples ruisseaux » (Aubry et Rau, II, 168, p. 37).

Concluons donc que la loi ne reconnaît que deux classes de cours d'eau, et que le même régime gouverne tous les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, quelle que soit d'ailleurs leur grandeur relative (V. en sens contraire, Proudhon, *Dom. publ.*, 1265, 1273; Demolombe, X, 17; Latreille, *Revue critique*, 1867 et un arrêt de la Cour d'Agen, 4 mars 1856, Dalloz, 56. 2. 63).

II. *De la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables.*

A qui appartiennent les cours d'eau non navigables ni flottables, dans notre législation? C'est là, dit Troplong, une des questions les plus difficiles que la jurisprudence puisse rencontrer. Les textes sont, en effet, il faut le reconnaître, incomplets et fort obscurs; le Code civil ne contient à cet égard aucune disposition formelle; quelque système que l'on adopte, on ne peut l'appuyer que sur des séries d'inductions et d'appréciations; de là un champ illimité ouvert à la discussion.

De plus, le système, que l'on adopte sur cette question primordiale, doit être poursuivi jusque dans ses moindres applications; sur chacune d'elles se reproduit la controverse, et pour le trancher, il faut toujours remonter à la solution donnée sur la question de propriété; à peine les auteurs opposés se rencontrent-ils sur quelque point, et cela n'a lieu que grâce à l'élasticité que l'on peut donner au pouvoir de police de l'administration sur les eaux.

La propriété des eaux courantes a été envisagée sous quatre aspects différents, qui ont donné lieu à un nombre égal de systèmes et de théories :

1° Des jurisconsultes, séparant le cours d'eau de son lit, ne considèrent les riverains que comme propriétaires du lit, et assignent à l'eau courante le caractère de chose commune, *de res nullius*.

2° Un deuxième système classe les cours d'eau non navigables ni flottables et leur lit dans les dépendances du domaine public;

3° Suivant une troisième opinion, ils n'appartiennent à personne; les eaux et leur lit sont choses communes, *res nullius*;

4° Les rivières non navigables ni flottables sont *dominii privati*; elles sont la propriété privée des riverains.

Disons tout de suite que la lutte est maintenant circonscrite entre les deux derniers systèmes; cependant les deux premiers ont eu des partisans sérieux, et il convient de les rappeler en premier lieu.

PREMIER SYSTÈME. — *Le lit est la propriété des riverains; le cours d'eau lui-même n'appartient à personne* ⁽¹⁾.

Ce système établit une distinction très nette entre la propriété du lit et l'élément mobile qui constitue le cours d'eau; le cours d'eau et le lit peuvent être envisagés indépendamment l'un de l'autre : l'attribution du droit de propriété du lit n'entraîne pas pour conséquence la propriété du courant d'eau. Partant de là, on décide que les eaux courantes n'appartiennent à personne, sont des choses dont l'usage est commun à tous, et la jouissance réglée par les lois de police; en effet, les eaux courantes ne sont pas susceptibles de propriété privée; elles échappent à toute occupation exclusive et individuelle, et elles ne comportent que des droits d'usage, dont l'intérêt public doit marquer la limite; ce sont les arguments que nous rencontrerons dans le troisième système, appliqués au lit et à l'eau courante.

Quant au lit, il reste la propriété des riverains. C'est du moins la conséquence que l'on doit tirer de l'article 561.

(1) Duranton, n° 208; Cormenin, *Dr. adm.*, v° *Cours d'eau*, § 3; Pardessus Latreille, *Rev. crit.*, 8 juin 1867.

Après avoir décidé, dans l'article 560, que les îles qui se forment dans le lit des rivières navigables appartiennent à l'État, le Code civil établit, dans l'article suivant, que les îles nées dans les rivières non navigables sont la propriété des riverains. Ces deux articles qui sont écrits sous la rubrique « du droit d'accession, » appliquent rationnellement la règle que l'accessoire suit le principal. Or, à quoi l'île accède-t-elle? Est-ce au rivage? Non, car autrement il faudrait donner aux riverains l'île des rivières navigables. L'île accède au lit; elle est l'accessoire, la partie inhérente et indivisible du lit : là où est la propriété du lit, se trouve la propriété de l'île; c'est parce que l'État est propriétaire des rivières navigables et de leur lit, que l'accessoire, qui surgit dans leur sein, est la propriété de l'État.

L'article 560 n'est que le corollaire de l'article 538. De même, c'est parce que les riverains sont propriétaires du lit des cours d'eau non navigables que l'article 561 leur attribue l'île qui se forme dans ces rivières.

En outre, puisqu'ils supportent (loi 14 floréal an XI) l'obligation du curage, les riverains doivent être réputés propriétaires du lit, par suite de ce principe d'équité naturelle, que celui qui a la charge doit avoir le bénéfice. L'article 563 n'infirme nullement cette solution. Peu importe que, dans le cas où une rivière non navigable ni flottable se forme un nouveau cours, en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent le lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé; car ils ne le reçoivent de la loi qu'à titre d'indemnité : c'est là une disposition de pure équité, une simple modification du principe qui ne le combat nullement. Ainsi, si par

l'effet du temps, ou de quelque événement de force majeure, le lit du cours d'eau se trouvait desséché, les riverains se le partageraient, comme ils feraient à l'égard d'une île ou d'un atterrissement.

Cette argumentation est très sérieuse, et sera développée dans l'exposé du quatrième système.

Aussi bien le vice de la théorie de Duranton n'est pas là; il est dans la distinction imaginaire que l'on cherche à établir entre le lit d'un cours d'eau et le cours d'eau lui-même.

La propriété du lit ne peut pas être envisagée, abstraction faite du volume d'eau variable qui constitue le cours d'eau. Qu'est-ce que l'eau sous le lit? Qu'est-ce le lit sous l'eau? Proudhon l'a dit : « *Un cours d'eau n'est pas une chose en l'air,* » et ce mot est peut-être la meilleure réfutation du système que nous exposons.

Un cours d'eau se compose essentiellement de ses eaux et du lit sur lequel elles s'écoulent; les eaux et le lit forment, par leur réunion et tant qu'elle subsiste, une seule et même nature de biens, et doivent par conséquent être régis par des dispositions identiques; la propriété du lit entraîne logiquement celle de l'eau qu'il contient : c'est ce qu'exprime le brocard : « *Cujus est solum, ejus est usque ad cælum.* » « On ne peut accorder la propriété du lit sans qu'il en résulte forcément la propriété du cours d'eau (1). »

Cette distinction, du reste, est incompatible avec l'article 546, qui déclare que la propriété d'une chose donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, et, avec l'article 552, d'après lequel la

(1) Nadault de Buffon, *Usines*, t. II, p. 29.

propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous. C'est cependant cette doctrine que consacre le projet de loi du 29 avril 1880, et que le Sénat vient d'adopter en première lecture. L'article 8 est ainsi conçu : « *Le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux propriétaires des deux rives.* »

» *Si les deux rives appartiennent à des propriétaires différents, chacun d'eux a la propriété de la moitié du lit, suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau.* »

En outre l'article 10 du projet modifie l'article 563 Code civil, et le rend compatible avec la nouvelle législation, en déclarant que lorsque le lit d'un cours d'eau non navigable ni flottable serait abandonné, chaque riverain en reprendrait la libre disposition.

DEUXIÈME SYSTÈME. — Système des domanistes : *Les rivières non navigables ni flottables appartiennent au domaine public, au même titre que les rivières navigables.*

Ce système généralement abandonné aujourd'hui, a été soutenu avec beaucoup d'éclat par d'éminents jurisconsultes (1). Il s'appuie d'abord sur des considérations générales : les cours d'eau, dit-on, ne peuvent pas être une propriété privée, parce que, de sa nature, l'eau courante se refuse à toute appropriation, et que le lit suit le même sort. Il importe, du reste, à l'intérêt général que les pouvoirs publics puissent veiller efficacement à l'utili-

(1) Rives, *Dissert. sur propriété des cours d'eau*; Proudhon, *Dom. publ.*, nos 733-936; Royer-Collard, *Revue de législation*, I, p. 460; Laferrière, *Dr. adm.*, p. 135; *Rev. crit.*, III, p. 971; Foucart, *Rev. de légis.*, IV, p. 194.

sation des eaux, que leur réglementation soit assurée, et que des richesses si productives ne soient pas laissées entre les mains d'un particulier qui en userait selon son caprice. C'est ce besoin d'une sauvegarde énergique qui justifie la classification des petits cours d'eau dans les dépendances du domaine public.

Ils invoquent en outre certains textes de droit romain et notre ancien droit. L'ancien droit, tout en distinguant les cours d'eau navigables de ceux qui ne l'étaient pas, les laissaient cependant les uns et les autres dans le domaine public : la garde et l'administration des grands cours d'eau appartenaient au roi ; la surveillance et la police des petites rivières étaient confiées aux seigneurs haut justiciers, qui n'étaient que dépositaires de la puissance publique, et non propriétaires des rivières (Rapport d'Enjubault, *Discuss.*, loi 11 nov. 1790; *Moniteur*, 1790, n° 313). Tout ce qu'a fait le droit intermédiaire, c'est de retirer aux seigneurs cette surintendance des cours d'eau, pour la conférer aux administrations départementales. Le Code civil n'a pas changé cet état de choses ; il ne parle nulle part de la propriété des riverains, mais seulement (art. 644) de leur droit à l'usage de l'eau courante, sans leur reconnaître le pouvoir de disposer : c'est, dit Proudhon, un usufruit perpétuel (Proudhon, *op. cit.*, n° 937).

En invoquant l'ancien droit, ce système fait une confusion évidente entre les droits de haut justicier et ceux de propriétaire : il est en effet notoire que la haute justice était distincte de la propriété, comme aujourd'hui la police est séparée du domaine. Les seigneurs haut justiciers n'avaient que la police, et pas autre chose.

De plus, le droit d'usage reconnu par l'article 644 ne

peut pas être qualifié usufruit perpétuel, c'est-à-dire droit réel sur une partie du domaine public : ce serait renverser la notion primordiale de ce domaine, sur lequel nul ne peut prétendre de droits, et qui, du reste, ne comporte que des concessions précaires.

Enfin, cette doctrine est absolument contraire à la lettre de l'article 538 Code civil, lequel ne range dans le domaine public que les rivières navigables et flottables, excluant implicitement les petits cours d'eau. Et on ne peut voir là une omission volontaire, puisque le troisième projet proposé par Cambacérès, rangeait dans le domaine public toutes les rivières navigables ou non, et que cette rédaction fut rejetée (Fenet, I, p. 116, 147, 161).

Ce système qui aboutit à la main-mise de l'État sur tous les cours d'eau, et à donner à l'administration le droit absolu de disposer des eaux, et d'en régler l'usage, avec la préoccupation exclusive de l'intérêt public, a été appliqué dans plusieurs pays, notamment en Italie (art. 427 du Code italien). « Chez nous, dit un légiste italien, tous les fleuves, rivières ou torrents navigables ou non, sont du domaine de l'État. Nous avons été assez heureux, dans l'intérêt de la libre circulation de l'eau et du progrès de l'agriculture, pour faire ranger les rivières et torrents ni navigables ni flottables parmi les dépendances du domaine royal ⁽¹⁾. »

Certainement cette solution peut s'appuyer sur des considérations d'utilité générale fort plausibles; peut-être dans certains pays du midi, cette appropriation publique est-elle la condition nécessaire d'un bon régime des eaux; mais le législateur français ne l'a pas admise; il a rejeté

(1) Giovanetti, *Du régime des eaux*, p. 36.

l'incorporation de tous les cours d'eau dans le domaine public. Et l'on ne saurait revenir sur ce rejet, comme on l'a proposé quelquefois, sans qu'il en résulte des inconvénients multiples, une atteinte à des droits acquis, et cela sans avantage réel, puisque l'administration peut toujours empêcher ou réprimer les abus, en vertu de son droit de police.

En Belgique, la question des cours d'eau non navigables ni flottables a été débattue récemment. Plusieurs tentatives ont été faites pour réviser le Code civil dans le sens de la législation italienne. Un projet de loi de 1855 consacrait en principe la domanialité de tous les cours d'eau; puis, dans un intérêt facile à comprendre, il établissait une nouvelle classification des cours d'eau : les rivières non navigables ni flottables seraient considérées, à l'avenir, comme des dépendances du domaine public de la province, et les ruisseaux comme des dépendances du domaine public de la commune. Cette étrange idée de classer les petites rivières, partie dans le domaine public des provinces, partie dans le domaine public municipal, avait été suggérée par un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 23 avril 1852, où on lit : « qu'en admettant que les rivières non navigables ni flottables forment des dépendances du domaine public, aux termes de l'article 538 Code civil, comme n'étant pas susceptibles de propriété privée, il résulte de l'ensemble de la législation, que les cours d'eau doivent être rangés dans le domaine public municipal, plutôt que dans le domaine public national; et que la dépense des travaux y relatifs constitue une charge locale..... » (*Belg. judiciaire*, 1852, X, p. 577).

Ce projet de 1855 fut ajourné, mais l'idée qui l'avait

inspiré ne fut pas abandonnée; car on la retrouve en 1866, se faisant jour, sous une autre forme, dans le projet de loi sur la pêche pluviale, projet qui, du reste, ne fut jamais voté.

Dans un nouveau projet de 1870, on a fait disparaître les articles tranchant au profit du domaine public, la question de propriété des cours d'eau; mais on a cependant laissé subsister la loi dans son ensemble; et la conséquence inévitable de ce qui est proposé, doit nécessairement conduire, dans l'application, à l'absorption du régime des eaux par le domaine public.

En réponse aux projets du Gouvernement belge, M. L. Wodon a composé un traité sur le droit des eaux et des cours d'eau, où il a entrepris « de prouver qu'à la différence de ce qui se voit, dans les eaux publiques ou communes, on ne peut séparer la propriété d'avec l'usage des eaux, quand il s'agit de petits cours d'eau tombés aujourd'hui, en Belgique, dans la possession des riverains; que, dans tous les cas, ces cours d'eau privés occupés, lit, l'eau et les rives forment un tout inséparable et indivisible de la propriété privée, sauf titre ou prescription contraires. » Dans ce traité, on rencontre, à côté d'une discussion variée et profonde, un ensemble de documents intéressants et concluants, qui ne laissent pas la moindre prise aux domanistes.

TROISIÈME SYSTÈME. — *Les rivières non navigables ni flottables sont des propriétés communes qui n'appartiennent à personne; ce sont des res nullius.*

Les deux premières opinions que nous avons exposées sont à peu près abandonnées : et elles se sont pour ainsi dire absorbées dans les deux dernières. Restent

donc en présence les deux systèmes vraiment logiques et franchement opposés l'un à l'autre : celui de l'usage commun à tous, sans que la propriété soit à personne, et celui de la propriété des riverains.

La doctrine qui classe les petits cours d'eau parmi les choses qui n'appartiennent à personne, « *dans la communauté négative du genre humain*, » a en sa faveur des autorités nombreuses et imposantes (1). Elle a, de plus, été consacrée par une jurisprudence à peu près constante, depuis un fameux arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1846 (2).

C'est d'abord sur la nature même des choses que l'on cherche à établir la base de ce système. Toutes les eaux, dit-on, échappent, comme l'air, la lumière, à l'appropriation individuelle. Les jurisconsultes anglais l'avaient bien compris, et *Robert Callis*, le disait formellement : « Il serait étrange que le droit de propriété pût s'asseoir sur une chose si fugitive, qu'elle a disparu, en moins de temps qu'on ne met à prononcer : *meum, tuum...* » De même, Merlin : « Destinées à l'usage commun de tous, par une sorte de consécration publique, les petites rivières n'appartiennent proprement à personne, et ne dépendent que de la puissance souveraine, sauf l'usage particulier, que les propriétaires ont le droit d'en faire, pour leurs besoins et leur avantage... » Et Dalloz réfute

(1) Merlin ; Henrion de Pansey ; Dalloz, v^o *Eaux*, n^o 213 ; Block, *Dict. d'adm.*, v^o *Cours d'eau* ; Ducrocq, *Dr. adm.*, n^o 1009 ; Dufour, *Dr. adm.*, IV, n^o 440 ; Nadault de Buffon, *Usines*, t. II, p. 25 ; Bourguignat, *Législ. des établissements industriels* ; Aubry et Rau, II, n^o 169 ; Demolombe, X, n^{os} 128 et suiv. ; M. Bufnoir à son cours ; Laferrière, *Rev. crit.*, III, 971.

(2) Cass., 10 juin 1846, D. 1846. 1. 177 ; Cass., 23 nov. 1858 ; 8 mars 1863 ; 26 mai 1869.

Daviel, en ces termes assurément peu juridiques : « Il est inadmissible que la masse fluide, insusceptible de toute prise de possession, soit l'accessoire du sol sous le nom de force motrice, et, parce que l'être intellectuel, l'homme, ne peut pas la posséder, vous en confierez la propriété à la terre, c'est-à-dire à l'être inintelligent ! »

On s'appuie, en outre, sur le précepte romain : *Naturali jure communia sunt, ær, aqua profluens, mare et littora maris.*

On invoque les travaux de l'Assemblée constituante ; on exhume des archives parlementaires les rapports de MM. Enjubault et Arnoult qui concluaient à la domanialité des cours d'eau. « Toute possession exclusive, dit Arnoult, est incompatible avec les vues que la nature s'est proposées, en établissant l'union des sociétés, sur la communion des éléments ! »

L'article 714 Code civil est, dit-on, le résumé fidèle de cette doctrine rationnelle. « Il est des choses, qui n'appartiennent à personne, dont l'usage est commun à tous : des lois de police règlent la manière d'en jouir. » L'article 644 sur l'usage des eaux courantes, la loi du 14 floral an XI sur le curage de leur lit, celle du 15 avril 1829 sur l'exercice de la pêche dans ces eaux, forment le corollaire et le complément de l'article 714, en ce qui concerne celle des choses communes qui est le plus susceptible de réglementation. L'article 563 s'explique alors très facilement et s'harmonise avec toutes les autres dispositions sur les cours d'eau. Que conclure de tous ces textes. « Si l'on ne veut voir dans la loi, dit M. Nadault de Buffon (II, p. 16), que ce qu'elle renferme effectivement, on y trouve, entre le gouvernement et les particuliers, le pacte fondamental que voici : la propriété

des eaux courantes, en général, ne peut être attribuée à personne; mais la loi abandonne aux riverains tous les usages et les profits qu'elles représentent, à la condition qu'ils en supportent toutes les charges. À part un seul cas d'exception, celui d'une source, la loi ne parle, en aucune manière, de la propriété des eaux courantes. »

Avant de passer à la discussion de ces articles, discussion qui trouvera naturellement sa place dans l'exposé du dernier système, il n'est pas sans intérêt de faire observer que certains auteurs, tout en posant comme principe, que l'eau résiste à une occupation exclusive, arrivent à une conclusion quelque peu différente. Ainsi Callis, cité plus haut (*Statute of sewers*, p. 97), reconnaissant que l'eau courante n'est qu'un accessoire du lit, décide que la propriété du sol entraîne la propriété du cours d'eau.

Aubry et Rau, que l'on range parmi les partisans de ce système, se gardent bien d'invoquer l'article 714. « Les cours d'eau dont il s'agit, forment au point de vue du droit de propriété, une catégorie de choses à part. On ne peut les ranger ni dans la classe des *res communes*, puisqu'ils sont affectés, au profit des riverains, à certains droits d'usage, dont ceux-ci jouissent à l'exclusion des autres, ni dans celle des *res nullius*, puisqu'ils ne sont pas susceptibles d'être acquis par voie d'occupation⁽¹⁾. » Ainsi, ces jurisconsultes font des cours d'eau une chose absolument à part, *sui generis*. Mais ne faut-il pas une loi pour créer un genre de propriété tout spécial?

Il y a en outre une contradiction à reprocher, aussi bien à l'opinion domaniste, qu'à celle qui a été consacrée par

(1) Aubry et Rau, II, p. 36, n° 8.

la jurisprudence, et cette contradiction est capitale; car elle ruine les fondements même des deux systèmes. Ils reculent devant l'infiniment petit, et s'appuyant sur une distinction dont nous avons fait justice plus haut, ils admettent que les petits ruisseaux appartiennent aux riverains. « Si les petites rivières, dit Proudhon, font partie du domaine public quant à leur corps et au tréfonds de leur lit, et au domaine privé des riverains quant à leurs usages, les *simples ruisseaux*, comme les sources, appartiennent, soit quant à l'usage, soit quant au fonds, aux propriétaires des héritages dans lesquels ils se trouvent (1). »

Cette distinction, disons-nous, est la condamnation des deux systèmes. En effet, on les fonde sur la destination commune des cours d'eau, qui est incompatible avec l'appropriation des riverains. S'il est impossible de s'approprier les eaux courantes, cette impossibilité est la même pour les petits ruisseaux que pour les grands; tous doivent être soustraits au domaine privé. Si les riverains peuvent être propriétaires de ruisseaux, il n'y a pas de raison pour qu'ils ne le soient pas des grands (2).

QUATRIÈME SYSTÈME. — *Les cours d'eau non navigables ni flottables appartiennent aux propriétaires riverains.*

Cette opinion est assurément la plus ancienne et la plus vulgaire.

(1) Proudhon, *op. cit.*, nos 1416 et 1417.

(2) *Contrà* Demol., X, p. 122; Proudhon, *op. cit.*, nos 669, 1415, 1417; Agen, 4 mars 1856, D. 56. 2. 63; Bordeaux, 7 août 1862, D. 62. 2. 192.

C'est aussi celle qui paraît le mieux en harmonie avec l'ensemble de la législation actuelle.

Ce qui montre, que l'attribution aux riverains n'est pas aussi inadmissible que certains auteurs le prétendent, et que ce système répond aux idées les plus généralement reçues, c'est d'abord le nombre de partisans qu'il compte parmi les jurisconsultes ⁽¹⁾.

C'est la quantité de monuments de jurisprudence qui l'ont consacré, avant l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1846 et même depuis ⁽²⁾.

Ce système a, du reste, été adopté par un grand nombre de législations étrangères : en Angleterre (*Lord Hale, De jure maris*, cap. 4); en Espagne (*Fuero* 36 *rub.*, *De serv.*, et loi du 13 juin 1879); en Russie (Dig. 10, 248 à 264). La loi allemande, sur les irrigations, promulguée en 1843, reconnaît également aux riverains la propriété de ces cours d'eau, sous la restriction exigée, bien entendu, par leurs droits réciproques et par la police générale des eaux. En Danemark, une loi du 28 mai 1880, qui contient une codification complète du régime des eaux, au point de vue du droit privé, comme du droit adminis-

(1) Daviel, *Tr. des eaux*, n° 530; Garnier, III, p. 128; Hennequin, *Tr. de légist.*, I, p. 214; Marcadé; Pardessus, *Serv.*, n° 74 et suiv.; Championnière, *Rev. de légist.*, XXI, p. 1; Toullier, III, n° 144; Troplong, *Prescript.*, I, p. 214; Demante, II, n° 374; Laurent, VI, p. 15 et suiv.; Wodon, *Droit des eaux*; Vuatrin; Batbie; Cabantous; Cotellet, *Dr. adm.*, I, p. 333; Dubreuil, *Lég. des eaux*, I, tit. 2, cap. 2; Dorencourt, *Rev. prat.*, IV, p. 305; Vaudoré; *Dr. rural*, I, p. 395, etc., etc.

(2) V. Sirey, XX, 2, 401; 2, 302; XXIV, 2, 237; XXVII, 1, 335; XXIX, 1, 347; 1, 291; XXXI, 1, 46; Amiens, 18 janvier 1843, D. 1843. 2. 189; Besançon, 28 mai 1872; Cass., 7 juin 1869, D. 69. 1. 441; Liège, 16 janvier 1862, 13 mai 1863 (la Semoys), etc.

tratif, consacre aussi les droits des riverains (art. 43). En Suède, la loi du 30 décembre 1880 attribue formellement les petits cours d'eau aux riverains. En Italie même, il y a des cours d'eau privés. La seule différence, c'est que, chez nous, l'État n'a, d'une manière certaine, la propriété que des cours d'eau navigables et flottables, tandis qu'en Italie son domaine atteint des cours d'eau d'un ordre inférieur. La limite n'existe pas moins; seulement, placée plus bas, elle fait plus large la part de l'État.

C'est ce système que nous allons essayer d'établir, en nous attachant simplement au texte et à l'esprit du Code civil. Il nous semble inutile de remonter aux bases de la société, comme l'a fait Rives; il n'y aurait, en effet, aucun principe de droit naturel violé, à ce que la question fût résolue, dans un sens ou dans l'autre.

Nous n'invoquerons pas non plus le droit romain; les textes en sont fort difficiles et contradictoires.

Nous laisserons également de côté la tradition et l'ancien droit. Quand Championnière et Laferrière, après des investigations fort consciencieuses, sont d'une opinion contraire, la discussion historique serait, à coup sûr, téméraire et inutile.

Possibilité d'appropriation des cours d'eau.

Avant d'aborder les textes du Code, il faut dire quelques mots d'une question en quelque sorte *préjudicielle*; il faut rechercher, si, ayant à ranger les petits cours d'eau dans une catégorie de biens, le législateur se voyait, à raison de leur nature même, dans l'impossibilité de les rattacher au domaine privé.

On a voulu tirer, de cette prétendue impossibilité d'appropriation privée, un argument invincible contre les riverains.

L'erreur provient de ce que l'on considère l'eau courante en elle-même, élément mobile et fugitif, tandis qu'il faut envisager, comme un tout indivisible, l'eau courante et le lit sur lequel elle coule.

L'eau courante, en effet, peut être envisagée sous deux aspects.

Considérée comme agglomération de parties fluides susceptibles d'être détachées du volume entier, elle se dérobe à toute possession permanente, tant qu'aucune portion n'en est recueillie et mise à part. Mais ce n'est pas de l'eau ainsi envisagée que nous avons à nous occuper.

Comme volume continu, se précipitant vers les fonds inférieurs, elle constitue un bien susceptible d'appropriation privée, une source féconde de richesse industrielle. Ici, l'idée de propriété reprend tout son empire, et elle n'a rien que de très-légitime. Le cours d'eau en lui-même, composé du lit sur lequel il coule, et du volume qui le constitue, est quelque chose de fixe et de toujours identique, quoique incessamment renouvelé. La rivière, dans son ensemble, tient une place sur le sol, se modifie en mille manières sous la main de l'homme, se prête à ses besoins et à son industrie. L'art saisit l'eau à son passage, emmagasine sa force motrice, l'asservit et en tire tout ce qu'elle peut produire. S'il faut la rendre ensuite à son cours naturel, est-ce une raison pour nier la propriété du riverain? En aucune façon. « Tout droit a pour corrélatif le droit réciproque d'autrui. Toutes les propriétés sont subordonnées à certaines

conditions dans l'intérêt général, et ce n'est pas un droit de propriété exceptionnelle, que celui qui ne reçoit de limites, que de la nature même des choses et d'une nécessité commune (1). Proudhon le reconnaît bien pour les ruisseaux : « Quoique l'eau considérée en elle-même ne soit la propriété de personne, quoiqu'elle n'appartienne pas même à celui du fonds duquel en jaillit la source, attendu que, dès qu'elle s'est échappée, il ne pourrait aller la revendiquer plus loin; néanmoins, le cours d'eau pris en corps, et en tant qu'il reste le même, quoique le liquide se renouvelle, se poursuit, se chasse et s'enfuit sans retour, soit perpétuellement différent, le cours d'eau, civilement considéré, est véritablement l'objet d'un droit de propriété, pour le maître de l'héritage, sur lequel il se reproduit lui-même et se conserve (2). »

Une eau courante n'appartient à personne ! mais à sa source et tant qu'elle n'est pas sortie du fonds originaire, elle appartient au maître du sol (art. 642); mais à un point donné, elle devient navigable, et elle est propriété du domaine public (art. 538). Quel est donc le nouveau caractère, qui de cette eau n'appartenant à personne, fait une eau appartenant au domaine.

Nous remarquerons aussi avec Championnière, n° 15, que les auteurs, qui nient l'appropriation, tombent dans une singulière logomachie, lorsqu'ils reconnaissent aux riverains, un droit d'usage, d'usufruit (Proudhon), comme si l'usage aux mains d'une personne ne supposait pas la propriété aux mains d'une autre.

(1) Daviel, *op. cit.*, I, p. 12; Championnière, *De la propriété des eaux courantes*, n° 15.

(2) Proudhon, *op. cit.*, n° 1417.

Quant aux anciens jurisconsultes, ils n'avaient jamais songé à une pareille question, et ils ne paraissent pas avoir douté de la possibilité de la possession (1).

Propriété des riverains d'après le Code civil.

Le Code civil, envisageant les droits au point de vue de leur sujet, consacre un principe, qui à lui seul semble décider la question : la propriété privée est la règle, le droit commun (art. 537). Ce n'est que par nécessité que le législateur enlève une partie du sol à l'exploitation des citoyens, toujours plus active, plus profitable que celle de l'État. Dès qu'il n'y a pas de nécessité publique en cause, les biens doivent rester dans le domaine privé. De là, le Code civil n'avait pas à déterminer les biens des particuliers, puisque la propriété privée est la règle qui s'est tracée d'elle-même par la civilisation; au contraire, il a pris soin d'énumérer, de déterminer les choses publiques et communes; et par cela même qu'il les classe spécialement, nommément dans le domaine public, il laisse toutes les autres dans le domaine privé.

L'article 538 place dans le domaine public de l'État, les fleuves et rivières navigables et flottables. Cela implique que les petits cours d'eau ne sont pas une dépendance de ce domaine : sinon, les mots *navigables* ou *flottables*, n'auraient pas de sens. L'article 644 est conçu dans le même sens. Il y a donc une distinction : les cours d'eau navigables appartiennent à l'État : les cours d'eau non navigables ne lui appartiennent pas : c'est donc qu'ils appartiennent aux particuliers, puisque, tout bien

(1) Voir Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. 6, sect. 1, art. 5.

qui n'est pas une dépendance du domaine public, est par cela même propriété privée. « Avoir déclaré publics, dans l'article 538, seulement les cours d'eau navigables et flottables, c'est qualifier privés tous les autres (1). »

Les droits, que le Code accorde aux riverains, supposent nécessairement; qu'il leur reconnait la qualité de propriétaires de ces cours d'eau, autant que le comporte la nature des choses.

Les articles 640 et 644, en obligeant les fonds inférieurs, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, ne leur imposent qu'une servitude qui suppose et qui conserve la propriété des riverains.

En vertu de l'article 644, le propriétaire a la faculté de changer à son gré le lit du cours d'eau, de le diviser en plusieurs bras, de l'élargir, s'il lui plaît, de manière à former un étang; il peut même, et c'est son droit absolu, couvrir le lit en totalité ou en partie, élever au-dessus des constructions, faire, en un mot, pour les surfaces occupées par le cours d'eau, ce qu'il lui est loisible de faire dans toutes les autres portions de son héritage, et cela sous la seule réserve de rendre l'eau à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire. N'est-ce pas là la preuve la plus convaincante d'une propriété véritable.

La loi s'est expliquée, d'une manière plus explicite encore, dans l'article 561, qui attribue aux riverains les îles se formant dans le lit des petits cours d'eau. Évidemment l'île ne peut appartenir à ces riverains, que par accession, non à la rive, dont l'île est forcément éloignée, mais bien au lit même de la rivière. Ce droit d'accession sup-

(1) Daviel, *op. cit.*, n° 536.

pose donc un droit de propriété préexistant auquel il se rattache, et ce droit n'est autre que la propriété du lit, et, par conséquent, du cours d'eau lui-même. Cela est si vrai, que, lorsque c'est l'État qui est propriétaire du lit de la rivière, il l'est des îles et atterrissements, bien qu'il n'ait pas la propriété des bords (art. 560). Que signifierait d'ailleurs le partage que la loi fait entre les deux propriétaires riverains, par une ligne fictivement tracée au milieu du fil de l'eau, si cette ligne n'indique pas la limite des deux propriétés?

La propriété des riverains est donc implicitement et nécessairement reconnue par le Code civil. Elle y est même nominativement désignée. L'article 645 porte que, s'il s'élève des contestations entre les riverains, les tribunaux doivent concilier l'intérêt de l'agriculture, avec le respect dû à la *propriété*. Cette disposition, si elle était isolée, prêterait peut-être aux équivoques qu'on a essayé d'y voir; mais éclairée et commentée par les textes analysés ci-dessus, elle ne comporte qu'un seul sens, le plus naturel, celui d'un droit de propriété formellement reconnu aux riverains, droit qu'il est prescrit aux tribunaux de respecter. En outre, il est à remarquer que, dans toutes les occasions, lorsqu'il rencontre un droit utile, le législateur l'attribue aux propriétés riveraines. Cela n'indique-t-il pas la pensée arrêtée de donner, aux riverains, toutes les conséquences de la propriété privée, celles du moins qui sont compatibles avec la nature des cours d'eau? Ainsi la pêche dans les rivières non navigables ni flottables appartient aux riverains, et lorsqu'une rivière de cette espèce est élevée au rang des rivières navigables, une indemnité est accordée aux riverains (art. 3, loi 15 avril 1829).

D'ailleurs, si l'on se refusait à reconnaître, que les cours d'eau sont classés par le Code, au nombre des choses susceptibles de propriété privée, on serait réduit à ne pouvoir légalement les comprendre dans aucune des catégories qu'établit la loi. Les comprendra-t-on dans le domaine public? C'est, nous l'avons vu, donner un démenti à l'article 538.

Pour éviter cette contradiction, la Cour de cassation a cru pouvoir rattacher les cours d'eau à la catégorie des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (art. 714). Cette espèce de détour qui, par une autre voie, conduirait à peu près au même résultat, ne nous semble pas conforme au véritable esprit de la disposition invoquée.

Tout d'abord, cet article si vague, où l'on n'a point pris la peine de donner les rivières pour exemple, (ce qui cependant eût été un exemple notable,) ne se trouve pas placé au titre « *De la distinction des biens*; » il ne peut donc pas avoir pour objet d'établir un principe concernant cette distinction.

Ensuite, l'article 714, d'après son origine et son sens naturel, ne s'applique qu'aux choses qui étaient déclarées communes selon Justinien, c'est-à-dire à l'air, à la lumière, à l'eau qui tombe du ciel, et à l'eau courante considérée comme pouvant servir à étancher la soif, et à être recueillie dans des vases. Vouloir étendre ce texte aux cours d'eau, lit et courant compris, c'est dépasser la pensée certaine du législateur, c'est en outre se mettre en contradiction avec soi-même. En effet, ceux qui classent les cours d'eau parmi les *res nullius*, sont bien forcés de reconnaître aux riverains, les droits particuliers et exclusifs que la loi leur accorde expressément : ce qui

exclut toute idée de communauté générale et de libre disponibilité pour le premier occupant. Enfin, aux partisans de cette doctrine, nous opposons le dilemne suivant : le lit des cours d'eau est ou n'est pas susceptible de propriété privée.

Si, n'est pas susceptible de propriété privée, il doit, en vertu de l'article 538 du Code civil, être considéré comme une dépendance de domaine public; nous avons démontré précédemment qu'une pareille conclusion est inadmissible.

Si, au contraire, le lit est susceptible de propriété privée, l'article 713 du Code civil lui est applicable. Or, cet article dit : « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État. »

Dans l'une et l'autre hypothèse, on arrive, en s'appuyant sur un texte formel, à prouver, que la doctrine de la Cour de cassation est en opposition complète avec la lettre du Code civil, et la volonté de ses rédacteurs.

Tout concourt donc à démontrer, que les auteurs du Code civil, ont attribué et voulu attribuer aux riverains la propriété des cours d'eau, sous la réserve formelle des droits imprescriptibles de l'administration, dans l'intérêt de l'agriculture et de l'industrie, mais sans que cette réserve détruise le principe de propriété privée.

Examen de quelques objections.

On a d'abord invoqué l'article 644 : les termes de cet article, dit-on, n'accordent aux riverains que des droits à l'usage, et non pas la propriété. Nous répondrons que de tels droits d'usage absorbant tous les produits

utiles de l'eau et du lit, et étant d'ailleurs compensés par l'obligation d'entretien et de curage, ne laisseraient qu'une nue-propriété dérisoire, puisqu'elle serait perpétuellement grevée d'un usage restreint seulement par le droit de police.

Du reste, le Code civil, en cette matière, ne crée pas de droits, il se borne à les reconnaître ou à les régler; il ne nous accorde pas un droit en nous permettant d'arroser nos prairies, il règle l'exercice d'un droit préexistant. Il ne crée pas plus le droit d'user de l'eau, qu'il ne crée, par exemple, le droit d'usufruit.

L'objection la plus sérieuse est tirée de l'article 563, qui accorde, à titre d'indemnité, le lit abandonné, aux propriétaires du terrain nouvellement occupé par le cours d'eau non navigable, ni flottable. On a dit qu'une telle disposition, parfaitement judicieuse et rationnelle relativement aux rivières navigables, ne peut s'expliquer, en ce qui concerne les petits cours d'eau, qu'en supposant, que le législateur ne les a pas considérés comme étant la propriété des riverains.

Mais, en statuant comme ils l'ont fait, les rédacteurs du Code n'ont pas voulu engager la question de propriété; ils ont voulu, par des motifs d'équité, introduire une exception au droit commun, une innovation dans les règles de l'accession (1). « A l'égard du lit abandonné, dit Chardon, les rédacteurs du Code civil ont quitté leurs guides habituels, les jurisconsultes romains; ils ont brisé l'économie d'un système, qui, sans être parfait, avait au moins le mérite d'être conséquent dans toutes ses parties. »

(1) Maleville, t. II, p. 48, 49; Rives, *op. cit.*, p. 81.

Cette innovation, pour un cas si rare et si difficilement applicable, est d'ailleurs assez difficile à justifier, et généralement critiquée par les jurisconsultes. Aussi n'est-il pas contesté que si le cours d'eau, au lieu de changer de lit, venait à disparaître, à se tarir, les riverains partageraient le lit abandonné à l'exclusion du domaine de l'État (1).

Une autre objection est puisée dans la loi du 3 frimaire an VII. L'article 103 de cette loi porte que les rues, les places publiques, les grandes routes, les chemins vicinaux et les rivières ne sont pas imposables. Comme la loi ne distingue pas les diverses espèces de rivières, il faut décider que les rivières non navigables ni flottables ne sont pas soumises à l'impôt foncier. On en conclut qu'ils n'appartiennent pas aux riverains. Pour expliquer cette exonération de l'impôt foncier, nous ferons remarquer que l'impôt grevant la propriété, mais ne la créant pas, avant de frapper les rivières, il importait que la question de propriété des cours d'eau fût préalablement tranchée : ce qui dépassait la portée d'une simple loi de finances. Il faut lire les lois de 1790, de 1798 et leurs annexes sur la contribution foncière, pour se rendre parfaitement compte des motifs qui ont fait exclure les cours d'eau de la taxation. On les a exemptés, parce qu'il est impossible de déterminer le revenu brut d'un cours d'eau. On ne pouvait pas déterminer non plus quelles étaient ses charges. Tantôt, il vient enlever une partie de terre qu'il avait fertilisée, tantôt il fait des ravages épouvantables. En un mot, le cours d'eau n'a jamais été imposé, parce qu'il n'est pas susceptible d'*allivrement*.

(1) Daviel, n° 536; Pardessus, n° 77; Demol., X, p. 135; Laurent, VI.

Caractères de la propriété des riverains.

Nous avons établi le droit de propriété des riverains sur les petits cours d'eau; mais nous ne contestons aucune des prérogatives, aucune des attributions attachées à l'exercice du droit de police de la part de l'administration. L'autorité publique doit conserver toute latitude pour la protection de l'intérêt général confié à sa garde.

L'administration de l'État a le pouvoir incontestable, de réglementer, dans un but d'intérêt public, l'usage de l'eau dans les cours d'eau non navigables ni flottables (lois 22 déc. 1789, 20 août 1790, 6 octobre 1791, etc.); et c'est l'étendue de ce pouvoir ou droit de police qui l'a fait confondre, dans l'esprit de plusieurs jurisconsultes, avec le droit de propriété même de ces cours d'eau.

En outre, en parlant de propriété, à propos de cours d'eau, il ne faut jamais perdre de vue, que cette propriété est d'une autre nature que celle des biens-fonds. L'eau, sur laquelle porte le droit, se renouvelle sans cesse : elle constitue donc moins la propriété particulière et exclusive de ceux qui y ont droit, respectivement dans leurs limites, que leur propriété collective. Un cours d'eau considéré depuis sa source jusqu'à son embouchure, forme un ensemble, et la manière dont les propriétaires inférieurs ou supérieurs usent de leurs droits, exerce, sur les droits des cointéressés, une influence inévitable, dont la théorie est obligée de tenir compte. Le droit de chacun est donc restreint, en principe, par

le droit des autres intéressés. Le droit du riverain est donc une copropriété, et non une propriété exclusive. « La nature n'a pas fait sur les eaux courantes d'attribution exclusive. En les renouvelant sans cesse, en creusant leur lit, en imprimant aux fonds qu'elles traversent la pente qu'elles doivent suivre, elle les a mises en communauté. Une loi aussi ancienne que le monde, et qui durera autant que lui, les transmet constamment des terrains supérieurs aux terrains inférieurs, et chacun à son tour a un droit égal à les convertir à son propre usage (1). »

Conséquences du droit de propriété des riverains.

Les opinions contraires que nous venons de parcourir, conduisent à des conséquences bien différentes, dans des questions d'une haute importance.

1° *De la pente.* Dans notre opinion, la pente, la force motrice ou la hauteur de l'eau étant un effet du lit, la propriété du ruisseau ou de la rivière emporte celle de la pente et de la chute d'eau qui en résulte. La pente est même un élément nécessaire à l'existence d'un cours d'eau; elle profite donc à tous les riverains qui n'ont pas aliéné ou laissé prescrire leur droit de jouir du volume fugitif des eaux (2). Elle ne constitue donc pas une *res nullius* de l'article 714. Cette opinion n'a pas été consacrée par la jurisprudence : celle-ci s'est ralliée à l'opi-

(1) Daviel, t. II, n° 584.

(2) Daviel, n° 528; Garnier, *Des eaux*, III, p. 254; Laurent, VI, p. 26.

nion qui considère la pente comme commune, *res nullius*, et qui reconnaît à l'administration le droit d'en disposer à sa guise (1). Daviel s'élève avec force contre cette doctrine. La pente des eaux, dit-il, qui résulte de l'inclinaison du lit, et de la disposition des berges, appartient aux riverains, à titre d'accessoire inhérent au fonds que le cours d'eau traverse (art. 552). L'article 644 complète cette démonstration : le propriétaire riverain peut changer le lit dans l'étendue de sa propriété, et ce droit de disposition entraîne nécessairement la disposition de la pente (2). Du reste, cette propriété n'est pas un droit absolu, puisque l'usage des eaux appartient, au même titre, à tous les riverains.

2° *Les riverains ont-ils droit à une indemnité, quand on canalise la rivière?*

La Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas lieu à indemnité pour canalisation d'une rivière non navigable, parce que les riverains ne sont pas propriétaires de la rivière (arrêt du 10 juin 1846). Dans notre opinion, on doit indemniser les riverains du préjudice qu'ils éprouvent. On leur enlève le droit d'irrigation que leur accorde l'article 644; pourquoi ne pas les indemniser?

3° *Même question en cas d'expropriation.* En cas d'expropriation, pour cause d'utilité publique, d'un terrain comprenant le lit d'un cours d'eau non navigable ni

(1) Demolombe, X, p. 129; Dufour, *Pol. des eaux*, 262; Cass., 19 déc. 1826; 14 février 1833, Sir., 1. 418; Conseil d'État, 13 août 1851, Dall., 52. 3. 2; 28 mai 1852, Dall., 52. 3. 41; 15 mai 1858, Dall., 59. 3. 41, 18 avril 1866, Dall., 69. 3. 63.

(2) Faut-il rappeler ces affiches et ces annonces qui frappent la vue tous les jours dans nos pays industriels : « à vendre une chute d'eau de la force de tant de chevaux. »

flottable, l'exproprié a droit à une indemnité complète, tant pour la privation du lit que pour la privation de tous les attributs utiles de ce cours d'eau (1).

Mais, dans ces deux cas, il y a, contre notre opinion, une objection qu'il faut examiner. Le décret du 3 mars 1808, prévoyant la canalisation, n'accorde aux riverains une indemnité, que pour le dommage causé par l'établissement du chemin de halage. Mais, ainsi que le fait observer M. Laurent, la question est plutôt une question de dommage, qu'une question d'expropriation. Or, les riverains éprouvent-ils un dommage par la canalisation? S'ils perdent le droit d'irrigation, par contre, ils acquièrent le droit de navigation, et ce droit crée certainement une plus-value à leurs propriétés : ils gagnent au lieu de perdre.

4° Les lois accordent une redevance au propriétaire du terrain dans lequel on extrait du minerai. Les riverains y ont-ils droit pour le minerai extrait sous le lit des cours d'eau? La redevance leur est certainement due, puisqu'ils sont propriétaires; nombre d'arrêts l'ont décidé ainsi (2).

5° Les riverains peuvent-ils s'opposer à ce que d'autres personnes traversent la rivière qui longe leur héritage ou qui le traverse? Pour nous, il n'y a pas de doute : les propriétaires riverains ont le droit d'empêcher que des voisins circulent en bateau dans la partie

(1) En ce sens, Laurent, VI, 26; Proudhon, *op. cit.*, 793, quant aux ruisseaux; Agen, 4 mars 1856, Dall., 56. 2. 63, quant aux ruisseaux; en sens contraire, Cass., 6 mai 1861; J. P. 1861, p. 810 (Goutant c. Chemin de fer des Ardennes).

(2) Saint-Étienne, 22 février 1866, Dall., 69. 1. 442; Riom, 24 janvier 1856, Dall., 57. 2. 31.

qui leur appartient; ils peuvent en défendre l'accès, comme l'accès de toute propriété. Un arrêt de la Cour de Paris du 2 août 1862 (Dall., 63. 2. 122) a admis cette solution. Mais la Cour de cassation a cassé cet arrêt, le 8 mars 1865 (D., 65. 1. 130). Cette doctrine conduit loin. Si des bateaux peuvent passer, il faudra aussi donner aux bateliers le droit de pratiquer les rives; ce qui aboutit à imposer aux riverains une servitude qu'aucune loi n'établit. Demolombe recule devant cette conséquence. Mais qu'est-ce que le droit de naviguer sans marchepied ⁽¹⁾?

De la pêche et autres avantages accessoires.

La propriété des rivières emporte nécessairement le droit exclusif de pêche, dans toute la largeur du cours d'eau, pour ceux dont il traverse les fonds, et jusqu'au fil de l'eau, entre les riverains opposés, à moins de titres ou de possession contraire. La pêche des cours d'eau non navigables a été attribuée aux riverains, non pas seulement comme indemnité des obligations d'entretien et de curage mises à leur charge, mais encore comme fruit de leurs fonds ⁽²⁾.

Aux propriétaires riverains, appartient exclusivement le droit de récolter les herbes et roseaux, d'enlever le limon, d'extraire du lit les sables et graviers, pourvu toutefois, que, de cette extraction, il ne puisse résulter,

(1) Demolombe, X, n° 148; Conseil d'État, 2 septembre 1847; 15 décembre 1853; 19 mai 1865.

(2) Voir Rapport de Mestadier sur la loi du 15 avril 1829. *Moniteur*, 9 mars 1829.

aucune modification dans le cours des eaux, dommeable pour autrui.

Comme corollaire de ces droits, chaque riverain, en qualité de copropriétaire des eaux, est tenu de contribuer aux frais et conséquences du curage (Loi du 14 floréal an XI).

Alluvions. Atterrissement. Îles. — Aux termes du Code civil, les alluvions qui se forment imperceptiblement aux fonds baignés par un cours d'eau profitent aux riverains. Il en est de même des relais.

Les îles, ilots et atterrissements internes, formés dans un cours d'eau non navigable ni flottable, appartiennent aux riverains, par droit d'accession à leur propriété du lit de ce cours d'eau. Ils ne sont pas leur propriété *indivise*, sujette à licitation; car la loi trace elle-même le mode de partage.

Pour opérer entre eux le partage de ces îles ou ilots, l'article 561 suppose une ligne tracée au milieu du cours d'eau. Si l'île n'est pas traversée par cette ligne, elle appartient exclusivement aux riverains du côté desquels elle s'est formée. Au cas contraire, elle se divise, suivant la même ligne, entre les propriétaires des deux rives. Puis, on partage, entre les riverains qui y ont droit, d'après la largeur du front à rivière, que présentent les divers fonds.

Enfin, le droit de propriété confère aux riverains les droits utiles d'usage matériel de l'eau, pour l'irrigation ou le roulement des moulins et usines. Ces deux modes d'appropriation doivent particulièrement appeler notre attention. Nous allons aborder successivement leur examen.

DEUXIÈME PARTIE.

De l'irrigation.

L'irrigation apporte au sol l'eau qui lui manque : c'est l'agent le plus actif et le plus essentiel de l'industrie agricole. L'utilité, la nécessité même des irrigations est incontestable. Les études agronomiques, les données de la statistique, les résultats obtenus dans les pays étrangers, ont surabondamment démontré de quelle importance pouvait être, pour la production d'un pays, un bon système d'irrigation. « Une loi générale et complète sur les irrigations serait une grande œuvre; elle demanderait un ensemble de dispositions qui en feraient un véritable code et un code assez étendu » (*Rapport de Dalloz sur la loi du 29 avril 1845*). Ce n'est qu'en 1845 que notre législateur a manifesté la pensée d'innover en pareille matière. Jusque-là le Code civil a contenu toute notre législation, c'est-à-dire quelques dispositions fort incomplètes sur l'irrigation.

De là deux périodes bien distinctes dans notre législa-

tion en cette matière : 1° celle du Code civil (art. 644, 645); 2° celle des lois spéciales postérieures (loi 29 avril 1845; loi 11 juillet 1847, etc...).

I. *Code civil.*

Les articles 640 à 647 contiennent, sous l'empire du Code civil, tous les textes relatifs à l'irrigation : encore faut-il plus particulièrement rapporter à cette idée les articles 644, 645, les autres n'ayant trait qu'aux eaux de source.

D'après l'article 644, « celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public, par l'article 538, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. »

« Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. »

Les droits dont parle l'article 644 ne sont accordés qu'aux propriétaires riverains, c'est-à-dire à ceux dont les fonds touchent le cours d'eau lui-même. Si un propriétaire est séparé du cours d'eau, par un héritage intermédiaire ou un chemin public, il ne peut se dire riverain, et réclamer en conséquence les droits d'usage et de propriété sur ce cours d'eau. Il en est ainsi alors même que ce propriétaire, voisin de la voie publique, aurait été autorisé par concession administrative à y établir un aqueduc pour en dériver les eaux. Cette concession ne peut lui donner la qualité de riverain que la loi lui refuse :

elle laisse intacts les droits des riverains inférieurs, comme ceux des propriétaires de la source supérieure (1).

Fonds bordés par une eau courante.

Le propriétaire dont le fonds borde le cours d'eau a, dans le propriétaire de la rive opposée, un voisin qui n'a pas moins d'intérêt que lui à s'en servir, et à en faire maintenir l'écoulement le long de sa propriété; c'est pourquoi le riverain unilatéral n'a pas le droit de détourner le cours d'eau : il ne peut se servir de l'eau *qu'à son passage*. La jouissance de l'eau courante, dans ce cas, peut être assimilée à celle d'un mur mitoyen, en ce sens que chaque riverain ne peut exercer son droit, que de son côté seulement, et jusqu'au fil de l'eau.

Si les deux propriétaires dont la rivière sépare les propriétés s'accordent entre eux, ils peuvent disposer des eaux comme ils le jugent convenable, sans autre obligation que celle de les rendre à leur cours naturel, au point où leurs terres cessent de border le ruisseau de chaque côté : ils ont, sur ces eaux, le même droit, que ceux dont les eaux traverseraient l'héritage. Chaque riverain devrait se servir des eaux dans une mesure égale, autant que possible ; mais il est évident que l'étendue de la propriété, le genre de culture, la nature du sol, doivent être pris en sérieuse considération, pour déterminer le volume d'eau dont chacun doit disposer.

L'article 644 forme, du droit d'irrigation, l'attribut le

(1) Demol., XI, 139; Dalloz, v^o *Servit.*, 203; Laurent, VII, 272; Cass., 27 avril 1857, D. 57. 1. 174; *Contrà*, Pardessus, *Serv.*, 405.

plus ordinaire du droit des riverains. Mais, de ce qu'il ne parle que de l'irrigation, il ne s'ensuit pas que ses dispositions soient limitatives et exclusives d'autres usages. Cette disposition n'est qu'une application du droit commun de propriété des riverains sur l'eau courante : ses termes ne sont donc pas restrictifs. Ainsi, malgré le silence de la loi, le riverain peut employer les eaux à leur passage, à toute espèce d'usage, d'utilité ou d'agrément, en se conformant aux prescriptions des articles 644-645.

Il pourra notamment, sous les mêmes conditions, user et se servir des eaux pour de simples usages domestiques. Il pourra également en user par pur agrément, pour l'alimentation de pièces d'eau dans son jardin, d'étangs, réservoirs ou bassins dans son parc.

Il pourra aussi employer les eaux à toute espèce d'usages industriels, à l'alimentation d'un moulin ou d'une usine (1).

Les propriétaires de prairies et les usiniers se disputent fort souvent l'usage des eaux. Deux systèmes absolus sont en présence. D'une part, on soutient que l'eau appartient aux moulins; que là où le droit d'irrigation n'est pas autorisé par les usages locaux, les propriétaires d'usines peuvent s'opposer à toute prise d'eau pour l'irrigation. D'autre part, on argumente des lois de 1790-1791 qui ne parlent que de l'irrigation, de l'article 645 qui n'a en vue que les intérêts de l'agriculture, paraissant laisser de côté ceux de l'industrie, et l'on en conclut que les usines ne doivent pas être prises en considération dans le

(1) Demol., XI, p. 493; Aubry et Rau, III, p. 50, notes 49-20; Besançon, 10 février 1864, D. 64. 2. 36; Cass., 19 janvier 1874, D. 74. 1. 118.

partage des eaux ⁽¹⁾. Dans son rapport à l'Assemblée constituante, le domaniste Arnoult fait un plaidoyer très passionné en faveur de la supériorité de l'irrigation : « Dans l'ordre des temps, comme dans l'ordre de l'économie sociale, l'intérêt de l'industrie ne doit être considéré qu'après celui de l'agriculture. Ajoutons que le plus nécessaire des arts a toujours été le plus juste. L'agriculteur emploie le secours des eaux sans nuire à personne : il se contente de les conduire un moment sur son champ, et les rend ensuite à la pente qui les porte à son voisin. Le mécanicien, au contraire, les enchaîne dans leur course : il ne se croit sûr du succès de son travail, qu'en les accumulant devant ses machines; il submerge sans pitié, presque toujours sans intérêt, les champs et les maisons qui l'avoisinent : *il est, en un mot, l'ennemi mortel des hommes; et le fléau de l'agriculture.* » Nous ne saurions souscrire à ces idées rétrogrades, qui ne tiennent aucun compte des nécessités qu'amènent le progrès social et le développement de la richesse publique. Nous ne comprenons pas ce droit d'aïnesse reconnu à l'agriculture, nous n'admettons pas cet antagonisme établi entre l'industrie et l'agriculture. « Agriculteurs, industriels sont également sous la protection du droit commun, appelés à profiter de cette richesse naturelle : leur titre, c'est leur droit de propriété sur l'héritage, dont le cours d'eau est l'accessoire. Leur industrie diffère, mais leur droit est le même. Leurs besoins diffèrent comme leur industrie; mais il est toujours possible de concilier leurs intérêts sans sacrifier les uns aux autres ⁽²⁾.

(1) Hennequin, *Traité de législation*, I, p. 424; Toullier; Marcadé.

(2) Daviel, *op. cit.*, n° 585.

Chaque riverain peut faire participer toutes ses propriétés au bénéfice de l'irrigation, mais à une condition, c'est qu'elles se rattachent sans solution de continuité, à la propriété riveraine de l'eau courante. Ainsi le riverain peut user de la faculté d'irrigation, non-seulement au profit de sa propriété riveraine, mais encore pour tous héritages contigus et lui appartenant, fussent-ils même séparés par une haie. Mais il ne pourrait appliquer l'irrigation à une propriété plus éloignée et non riveraine, même en obtenant le droit de faire passer l'eau sur les fonds intermédiaires. L'article 644, en ne reconnaissant le droit d'irrigation qu'à celui dont la propriété borde une eau courante, c'est-à-dire seulement au propriétaire riverain, ne le lui reconnaît, dès lors, que pour ses propriétés riveraines : et, ce qu'il peut y avoir d'équivoque dans ces mots *pour ses propriétés*, est suffisamment éclairci par les premiers mots de l'article : *celui dont la propriété borde une eau courante*. Tel est le système du Code civil. Plus loin, nous verrons si les lois nouvelles ont consacré l'opinion contraire ⁽¹⁾.

De même, nous déciderons que le riverain du cours d'eau ne peut céder à un non riverain, son droit à l'usage des eaux, sans l'intervention des autres riverains. Il existe, en effet, un quasi-contrat de communauté entre tous les riverains, formé par la nature et la loi, produisant les mêmes effets que le contrat exprès de communauté ou de société, où il est de règle qu'aucun associé ne peut disposer des choses de la société, sans le consentement de ses coassociés. Par ces motifs, l'usage de

(1) *Sic* Daviel, 589; Laurent, VII, 280; Ballot, *Rev. prat.*, V; *Contrà* Demol., XI, 150; Dem., II, n° 495.

l'eau est inhérent aux riverains, et la qualité de riverain est une condition essentielle pour avoir droit à cet usage.

Si un non riverain ne peut acquérir par convention un droit sur les eaux courantes, des ruisseaux ou rivières, il ne peut davantage le prescrire, sauf contre la société tout entière des riverains, par une possession caractéristique (Cass., 11 avril 1837; 26 fév. 1844, Sir., 44. 1. 179; 3 juin 1861, D. 61. 1. 337). Enfin, si la convention est inopérante, vis-à-vis des riverains non contractants ou non consentants, elle opère néanmoins ses effets entre les parties contractantes. Nous aurons à examiner plus loin, si les lois sur l'irrigation font échec à ces principes.

Si le fonds riverain est augmenté par de nouvelles acquisitions contiguës, le droit aux eaux s'étendra-t-il dans la mesure des nouveaux moyens? Le droit d'irrigation appartiendra-t-il au propriétaire unique, pour toute sa propriété actuelle? L'affirmative ne fait aucun doute pour nous. Tout d'abord, le droit des riverains s'exerce à titre de copropriété, et non à titre de servitude : on ne peut donc appliquer ici les principes restrictifs reçus en matière de servitude (art. 702).

Ensuite, si l'article 644 n'accorde le droit d'irrigation qu'aux propriétés riveraines, du moins l'accorde-t-il à toutes, quelle que soit, de chaque côté, leur étendue respective, plus ou moins inégale : il ne distingue pas davantage, si les propriétés riveraines ont été formées de la réunion de plusieurs pièces, autrefois séparées.

Un auteur, qui critique cette solution, dit qu'il faut considérer l'état primitif des fonds, l'époque où les droits

de chacun ont été constitués. C'est, dit Daviel, vouloir remonter au déluge ⁽¹⁾.

Enfin, en cas de division d'un fonds riverain, par l'effet d'un partage ou de tout autre mode d'aliénation, on s'est demandé, si les parties qui cessent d'être riveraines, continuent néanmoins d'avoir droit à l'eau courante pour l'irrigation. Si le titre le leur attribue, ou si, en l'absence du titre, il existe un fossé, un travail apparent destiné à conduire l'eau à ces propriétés désormais non riveraines, il faut décider qu'elles y auront droit comme par le passé. Ce n'est pas là, en effet, une création *a novo*, une attribution du droit à un fonds qui ne l'a jamais eu; c'est la conservation d'un droit préexistant. Le propriétaire, qui a divisé son héritage, a pu mettre à son aliénation la condition qui lui a plu, y maintenir le droit d'irrigation qui y était attaché antérieurement ⁽²⁾.

Mode de la prise d'eau. — A l'égard des propriétaires inférieurs, la loi n'oblige pas le riverain à prendre l'eau sur son fonds même, vis-à-vis du fonds qu'il veut arroser, irriguer ou destiner à l'industrie, et sur un point de la rive compris dans les limites de ce fonds. Dès qu'il est riverain, il peut la prendre sur tout autre point de la rive qui lui appartient, ou sur lequel un semblable droit lui a été octroyé par le propriétaire voisin. Ainsi, si les rives sont trop étroites ou trop escarpées, pour dériver convenablement et directement les eaux sur le

(1) En ce sens : Demol., XI, 152; Aubry et Rau, III, p. 48; Laurent, VII, 274; Daviel, n° 587; Cass., 11 mars 1867, D. 67. 1. 352; *Contrà* Proudhon, *Dom. pub.*, 1426; Garnier, 775.

(2) Demol., XI, 153, 154; arr. Besançon, 4 juill. 1840; Daviel, 590; Aubry et Rau; *Contrà* Laurent, VII, 275; Bertin, *Cod. irrig.*, 78.

fonds riverain, il pourra prendre les eaux en amont d'un fonds supérieur qui lui appartient, ou avec le consentement du propriétaire de ce fonds. Comme il a un droit incontestable à l'usage de l'eau, en sa qualité de propriétaire riverain, les riverains inférieurs n'ont ni intérêt ni qualité pour se plaindre de ce mode de prise d'eau.

Fonds traversés par une eau courante.

Le Code civil a clairement établi la différence à faire, entre les droits des riverains dont le fonds est traversé par une eau courante, et les droits de celui dont le terrain est simplement longé ou bordé par cette eau. Lorsque le ruisseau s'introduit sur le fonds d'un propriétaire, qu'il le traverse sans y avoir sa source, ce propriétaire peut user et se servir de l'eau pour quelque destination que ce soit, à la charge seulement *de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire*. Il peut déplacer le lit du cours d'eau et le faire serpenter dans son fonds; il peut appuyer des travaux de barrage sur les deux rives dont il est propriétaire. Mais le droit de détourner les eaux est le seul privilège dont jouisse le riverain bilatéral : on a, il est vrai, prétendu qu'il peut user des eaux, sans être limité par le droit des riverains inférieurs, ceux-ci n'ayant qu'un droit éventuel à ce qui excédera les besoins des premiers. Cela est inadmissible : aucune disposition de nos lois ne donne au supérieur sur les eaux un droit privatif, ou plus étendu qu'à l'inférieur. L'article 644 en obligeant le propriétaire des deux rives à rendre l'eau, à la sortie de ses fonds,

à son cours ordinaire, prouve assez qu'il entend garantir le droit des propriétaires inférieurs.

L'obligation de la restitution des eaux à leur cours ordinaire existe, sans qu'il y ait à distinguer les fonds riverains qui sont en contre-haut et ceux qui sont en contre-bas de la rivière (Cass., 22 février 1870, D. 70. 1. 335). Si ces fonds sont en contre-bas; et que, par suite, le riverain ne peut rendre les eaux dérivées à leur cours naturel, l'impossibilité de satisfaire à l'obligation de restitution, ne doit pas avoir pour conséquence de le priver de tout droit à l'usage de l'eau. Il peut pratiquer des saignées, établir des canaux ou des conduites d'eau, emprunter l'eau de la rivière, pourvu que par ce moyen il n'absorbe pas une quantité d'eau plus considérable que celle qui est nécessaire pour l'irrigation de son fonds (1). Quoique la loi soit muette à l'égard du riverain unilatéral, il va de soi que l'obligation de restitution pèse autant sur lui que sur le riverain des deux rives, et que les principes ci-dessus lui sont également applicables : les droits et obligations des riverains d'un côté seulement ou des deux côtés sont généralement les mêmes, quant à l'usage de l'eau.

Limites du droit d'usage de l'eau courante.

I. Limite générale de l'article 645 C. Civ.

Chaque riverain doit user des eaux, de manière à ménager les droits de ses voisins et des riverains en aval. Le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges par l'ar-

(1) Arr. Bordeaux, 28 décembre 1871, Dall., 73. 2. 88 et la note.

ticle 645 C. Civ. est dominé, par cette grande règle du droit de voisinage, que chacun doit user de son bien de manière à ne pas nuire à son voisin, et à ne pas lui causer un dommage trop considérable, dépassant les limites d'une simple incommodité. Les juges ne doivent pas, non plus, perdre de vue le droit de communauté qui lie les riverains entre eux, relativement à l'eau courante, et leur assure des droits égaux, par l'interdiction à chaque communiste, d'employer un mode d'usage qui pourrait paralyser le droit de ses associés.

La première conséquence de ces principes, est qu'aucun riverain ne peut user de l'eau courante, par pure malveillance, sans utilité pour lui-même, et uniquement pour nuire à ses coriverains ou à ses voisins.

La seconde conséquence est, qu'un riverain ne peut se permettre aucun ouvrage nuisible, tant aux autres riverains qu'aux voisins, qui pourrait leur causer un préjudice direct, dépassant les limites de la nécessité ou de la modération. Ainsi, le riverain ne pourra, au moyen de digues, d'écluses, de vannes, de barrages placés dans le cours du lit, anticiper sur le cours naturel de l'eau, inonder les héritages d'autrui, faire refluer les eaux d'une manière trop nuisible vers les fonds supérieurs, ou y occasionner des infiltrations importantes (1).

Aussi, est-il admis, que l'autorité judiciaire est compétente pour fixer la hauteur des eaux entre riverains communistes, supprimer ou abaisser les travaux élevés par ces derniers, de leur autorité privée, et d'une manière abusive, le tout sans préjudice du droit de règlement

(1) Cass., 15 févr. 1860, Dall., 60. 1. 347; 16 avril 1867, Dall., J. P., 68. 558.

général qui appartient à l'administration, sous le rapport de l'intérêt public. Dans tous les cas où un riverain est, du chef d'abus, déclaré responsable des ouvrages qu'il exécute, les tribunaux peuvent le condamner à des dommages-intérêts et à la destruction de ces ouvrages.

Une troisième conséquence est que si, par suite des besoins de l'industrie, il est impossible aux riverains de transmettre les eaux dans leur pureté primitive, toutefois, le riverain ne peut corrompre les eaux, de manière à nuire à l'existence des hommes, du bétail ou des plantes, ou même seulement, de manière à les rendre tout à fait impropres aux usages des autres riverains. Mais, en pareille matière, rien n'est absolu : l'article 645 reçoit ici son application. Les tribunaux sont armés d'un pouvoir conciliateur. Ils peuvent ordonner un partage des eaux, ou prescrire certains travaux d'épuration, s'il s'agissait, par exemple, d'eaux salies par le lavage des mines (1).

La nuance entre l'usage légitime et l'abus du droit est plus délicate à saisir, quand il s'agit de répartir la quantité ou le volume d'eau courante qui revient à chaque riverain, de faire entre riverains un règlement d'eau judiciaire.

Nous avons établi plus haut le principe dominant d'égalité entre les riverains : c'est d'après cette règle, que les tribunaux devront concilier les intérêts divers, sans qu'ils puissent sacrifier les droits des riverains infé-

(1) Si, d'après le code de la pêche pluviale, le rouissage du chanvre n'est plus un délit, l'autorité municipale reste investie du droit de le prohiber dans l'intérêt de la salubrité publique, et les riverains inférieurs qui, à cet égard, éprouveraient un préjudice réel par le fait du propriétaire supérieur, pourraient toujours se plaindre par voie d'action civile.

rieurs à ceux des supérieurs : tous ayant un droit égal.

En l'absence de titres, de règlements ou de prescription, les tribunaux doivent opérer la répartition des eaux, en suivant les règles de l'égalité et de l'équité, en prenant en considération les circonstances de localité, le genre de culture, l'étendue des propriétés des riverains, la nature du sol, et les besoins actuels ou nouveaux des parties.

Aussi, ils peuvent, pour la répartition du droit, déterminer le nombre de jours et d'heures, pendant lesquels, chaque riverain en cause pourra user des eaux, et subordonner le choix de ces époques à une entente préalable entre les riverains. Ils peuvent maintenir, supprimer ou modifier les travaux faits par l'un des riverains, prescrire la construction de canaux ou d'ouvrages nécessaires pour assurer à chacun des intéressés la portion d'eau qui leur est attribuée, etc... (arr. Besançon, 27 nov. 1844, D. 46. 2. 78; Cass., 8 janvier 1868, D. 68. 1. 116; Montpellier, 12 janvier 1870, D. 71. 2. 70; Cass., 22 février 1870, Dall., 70. 1. 335).

Il ne faut pas, toutefois, confondre ce pouvoir de répartition, incombant aux tribunaux, au nom de l'intérêt privé, avec un pouvoir du même genre conféré à l'administration de l'État, au nom de l'intérêt public (Voir plus loin : *Compétence*).

II. Limites du titre et de la prescription contraire.

Les droits des riverains constituent de simples facultés, des droits purement facultatifs, et comme tels, non susceptibles de se perdre par le non usage, quelque pro-

longé qu'on le suppose. En conséquence, la possession même exclusive des eaux de la part d'un riverain, quelque longue qu'elle soit, ne fait pas cesser, au préjudice des autres riverains, le droit d'irrigation : elle ne peut donner lieu à une action possessoire ou pétitoire, tant qu'il n'y a pas eu contradiction ou intervention ⁽¹⁾. La contradiction ou l'intervention peut naître entre riverains d'un titre ou de la prescription. Et ce titre ou cette prescription lie les tribunaux aussi bien que les parties.

Au nombre des titres, il faut ranger un règlement ou usage particulier entre riverains, c'est-à-dire une convention quelconque par laquelle des riverains auraient eux-mêmes réglé l'usage des eaux. De même, on doit considérer comme un titre, une concession émanée d'anciens seigneurs en qualité de propriétaires des cours d'eau. Les tribunaux, pas plus que les parties, ne peuvent déroger à de semblables titres, susceptibles seulement d'interprétation, comme toute espèce de convention. Le mot règlement, dans l'article 645, est générique et comprend les anciens usages non écrits, même ceux qui existaient avant le Code civil et résultaient des coutumes, quoique abrogées par la loi du 30 ventôse an XII (Aubry et Rau, III, p. 58, note 51).

Enfin la contradiction peut naître de la prescription, qui équivaut à un titre. Mais l'application de ce principe est parfois difficile et fort délicate.

La prescription pourra être invoquée valablement lorsque le riverain a opposé, pendant 30 ans une con-

(1) Cass., 13 juillet 1869, D. 71. 1. 139; Montpellier, 12 janvier 1870, D. 71. 2. 70; Bourges, 29 janvier 1872, D. 72. 2. 61; Orléans, 27 janvier 1860, D. 60. 2. 57 et la note; Cass., 14 juillet 1875, Sir., 76. 1. 470; Lyon, 26 janvier 1884, Pal., 1. 1076; etc.

tradition formelle aux droits des autres riverains, et que ceux-ci sont restés dans l'inaction.

Cette contradiction peut, suivant les circonstances, résulter, soit du seul établissement de certains travaux exécutés sur le cours d'eau et rendant impossible pour les autres riverains l'exercice de leurs droits; soit d'actes judiciaires ou extrajudiciaires faits à la requête de l'auteur de pareils travaux.

Aussi la contradiction résultera suffisamment d'un fait manifeste, d'ouvrages extérieurs et permanents, tels que barrage, écluse, fossé, canal, etc., ayant pour objet de conduire des eaux sur les fonds de celui qui invoque la prescription, et d'en priver les riverains inférieurs. Il en est autrement à l'égard des riverains supérieurs, que des travaux quelconques faits en aval ne mettent pas dans l'impossibilité d'user des eaux en amont. A leur égard l'établissement des travaux exécutés par un riverain inférieur est insuffisant pour les mettre en demeure de faire valoir leurs droits.

Le riverain inférieur, pour arriver à prescrire contre le supérieur, lui déclarera par un acte extrajudiciaire ou judiciaire qu'il s'oppose formellement à ce qu'il use des eaux, conformément à l'article 644. Cela se fera d'ordinaire, au moyen d'une action possessoire intentée par le riverain inférieur, contre les entreprises du supérieur. S'il est maintenu en possession, il y a contradiction formelle. A partir de ce moment, le droit du riverain supérieur est interverti. Il y aura renonciation ou prescription, s'il reste trente ans sans exercer son droit ou sans le réclamer en justice (Orléans, 27 janvier 1860, D. 60. 2. 57).

Mais une simple opposition extrajudiciaire qui serait

faite éventuellement par l'un des riverains à l'autre, pour que ce dernier ait à s'abstenir du droit d'irrigation, que la loi lui confère, serait sans aucune valeur juridique : elle serait inefficace pour opérer contradiction. Celui auquel elle aurait été adressée n'aurait pas à y répondre, et l'on ne pourrait rien conclure de son silence, quelque prolongé qu'il fût. Mais s'il avait commencé les travaux nécessaires à l'exercice de ce droit, et qu'ayant été sommé de les détruire ou de les discontinuer, il s'était abstenu pendant trente ans de se servir de l'eau à son passage, la faculté, dont il voulait se servir, aurait été formellement contredite, et il aurait tacitement renoncé au bénéfice de l'article 644 (1).

La prescription peut enlever à un riverain tout ou partie de son droit suivant l'étendue de la possession de son coriverain : *tantum præscriptum quantum possessum*. Par application de ce principe, la Cour de cassation a décidé, que celui qui n'avait jamais usé des eaux que pendant quarante-huit heures par semaine, ne pouvait pas prétendre à un droit illimité d'irrigation (2). Mais, si l'un des riverains avait joui exclusivement des eaux, en mettant le coriverain dans l'impossibilité absolue d'en user, il aurait certes prescrit la jouissance illimitée des eaux.

Un propriétaire non riverain peut-il se prévaloir de la prescription? Nous avons admis que le droit aux eaux n'appartient qu'aux riverains, et que ceux-ci ne peuvent pas le céder à un non riverain; nous devons en conclure, qu'un non riverain ne peut pas prescrire un droit sur les eaux; ou que du moins la prescription sera soumise à des

(1) Aubry et Rau, III, p. 53.

(2) Cass., 25 mars 1868 (Dall., 68. 1. 495).

conditions fort difficiles à réaliser : en effet, il faudrait le consentement de tous les intéressés, pour permettre à un non riverain d'user des eaux : si donc la prescription était invoquée, celui qui s'en prévaut, devrait prouver qu'il a prescrit contre tous les riverains, par une possession caractéristique.

La prescription peut-elle être invoquée, lorsqu'il existe un règlement administratif? En d'autres termes, peut-on déroger à un règlement administratif qui a déterminé le mode de jouissance entre les riverains?

Les riverains peuvent, entre eux, changer par des règlements particuliers, la répartition des eaux et le mode de jouissance réglé par l'administration, dès que les intérêts des tiers ne sont pas lésés.

La prescription peut également produire cet effet, pourvu, bien entendu, que la dérogation ne porte pas atteinte au droit des tiers, ni à l'intérêt général.

II. *Lois postérieures au Code civil.*

Nous venons d'étudier les dispositions du Code civil sur l'irrigation; on a pu voir qu'elles laissaient à désirer, et qu'elles restreignaient, dans des limites fort étroites, le droit d'irrigation. Cette insuffisance, surtout sensible dans les départements du Midi, avait été signalée depuis longtemps par les publicistes et les auteurs agricoles ⁽¹⁾. Ils faisaient observer, que la plupart des législations étrangères nous avaient donné l'exemple de plusieurs modifi-

(1) V. un article de M. d'Esterno (*Journal des économistes*, VII, p. 265).

cations importantes. Ils citaient la Sardaigne, la Lombardie, le Wurtemberg, la Prusse, où la législation moderne maintenait les antiques dispositions qui favorisaient les arrosages, si avancés dans ces pays : notamment le droit d'aqueduc et le droit d'appui. Ils demandaient qu'on suivît cet exemple, afin d'augmenter les forces productives du pays. « Les sources de nos montagnes, et nos fleuves majestueux, roulent annuellement des milliards à la mer, disait M. Gasparin, dans un langage imagé. Qu'une pensée et une volonté les fixent sur notre territoire. Le vœu d'une loi sur les irrigations est un cri de salut et de rédemption; cette loi sera le baptême agricole du pays... »

Tel est le vœu que se sont proposé de remplir trois lois qui ont été successivement rendues : la loi du 29 avril 1845, ayant son complément dans la loi du 11 juillet 1847, sur les irrigations; et la loi du 10 juin 1854 sur le libre écoulement des eaux par le drainage.

Servitudes relatives à l'irrigation.

Dans la session de 1843, M. d'Angeville, député, mu par le sentiment des besoins de l'agriculture, fit à la Chambre des députés cette proposition : « Les travaux d'irrigation des propriétés rurales, entreprises soit collectivement, soit individuellement, pourront être déclarés d'utilité publique. Cette utilité sera déclarée dans les formes voulues par la loi du 3 mai 1841. » On répondit que c'était à l'État seul, et aux délégataires de sa puissance, que notre droit public avait réservé le privilège de l'expropriation. On convertit la proposition de M. d'Angeville en celle d'une servitude légale de passage des eaux.

■

De là est venue la loi du 29 avril 1845, à laquelle on donna le titre un peu général de *Loi sur les irrigations*, faisant désirer des dispositions plus étendues et bien coordonnées sur cette matière.

I. SERVITUDE D'AQUEDUC (loi du 29 avril 1845). — Aux termes de l'article 1^{er}, « *tout propriétaire, qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles, dont il a le droit de disposer, peut obtenir le passage des eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité.* »

Cette servitude de conduite d'eau n'est pas sans précédent dans notre ancien droit. Un édit de Henri II, du 26 mai 1547, avait décrété l'établissement de cette servitude pour la Provence.

Lors de la rédaction du Code civil, les Cours d'Aix et de Montpellier avaient proposé d'ajouter à l'article 682, relatif au passage en cas d'enclave, le paragraphe suivant : *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, peut également, et aux mêmes conditions, réclamer un passage pour la conduite des eaux nécessaires à l'irrigation de son fonds.*

Cette servitude d'aqueduc est légale, en ce sens que la loi la crée; mais elle n'existe pas de plein droit. Celui qui veut en profiter, doit la demander aux tribunaux, qui jouissent, à cet égard, d'un pouvoir discrétionnaire. La loi confère aux tribunaux le soin d'examiner si l'opération de l'irrigation présente un caractère sérieux d'utilité, si elle n'est pas demandée dans un esprit de vexation, si les inconvénients sont ou non en proportion avec les avantages que l'on pourrait en tirer (arr. Cass., 8 nov. 1854, Dalloz, 54. 1. 410).

Ainsi le passage des eaux peut et même doit être refusé, lorsqu'il est postulé pour le simple agrément d'un jardin ou d'un pré de peu d'étendue (Voy. Observ. de Pascalis dans la discussion. Dall., 1845. 3. 120, note 7).

Quoique les tribunaux soient armés d'un pouvoir discrétionnaire, ils ne peuvent cependant accorder l'établissement de la servitude légale en dehors des conditions requises par la loi. Or, ces conditions sont au nombre de trois : 1° le droit aux eaux; 2° l'intérêt de l'irrigation; 3° le paiement d'une indemnité préalable.

1° *Le droit aux eaux.* — La loi de 1845, dit Dalloz dans son rapport, ne crée aucun droit nouveau : les propriétaires fonciers n'ont, sous cette loi, comme auparavant, que les droits à eux conférés ou reconnus par le Code civil.

La loi s'applique sans aucun doute, aux eaux de source, aux eaux pluviales, aux eaux recueillies dans des réservoirs ou qui jaillissent des puits artésiens. Évidemment le propriétaire de ces eaux peut en demander le passage, sur les fonds intermédiaires, pour arroser un héritage non riverain qui lui appartient.

Le propriétaire, riverain d'un cours d'eau non navigable ni flottable, a-t-il le droit de réclamer la servitude de conduite d'eau sur les fonds, qui séparent son terrain riverain d'autres terrains qui lui appartiennent? Avant 1845, c'était une question fort controversée. Mais aujourd'hui, il est incontestable que le riverain peut se servir des eaux courantes pour l'irrigation de ses propriétés non riveraines, séparées du fonds riverain par d'autres propriétés intermédiaires, en passant sur ces dernières, au moyen du consentement volontaire ou forcé

de leurs propriétaires (art. 1^{er}). La seule difficulté est de savoir, en pareil cas, quel est le volume d'eau que le riverain peut employer à cet effet. Cette question est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, qui peuvent tenir compte des besoins nouveaux du fonds non riverain que l'on veut irriguer.

Un tiers non riverain, auquel une prise d'eau aurait été concédée par un seul riverain, pourrait-il réclamer le bénéfice de la loi de 1845?

Cette question, déjà discutée sous le Code civil, soulevée dans la discussion de la loi, fut laissée indécise, comme devant être décidée d'après les principes du droit commun.

Plusieurs auteurs, interprétant la loi d'une manière restrictive, refusent ce droit aux non riverains. Il résulte, disent-ils, de la discussion de la loi, que, loin d'énervier le principe du droit exclusif des riverains consacré par l'article 644, on s'est borné à lui donner encore plus de force et d'énergie à l'exclusion des tiers non riverains. Ce n'est pas au profit de tous fonds quelconques, mais au profit des personnes propriétaires riveraines que la loi a été votée (Ballot, *Revue prat.*, 1858, V, p. 61). Nous admettons l'opinion favorable aux non riverains : mais, le droit de dérivation ainsi acquis par un propriétaire éloigné du cours d'eau, ne pourra, dans tous les cas, lui donner le droit de dériver qu'une quantité d'eau proportionnelle à l'étendue du terrain possédé par son cédant, et non à l'étendue du terrain qu'il possède lui-même. Du moment que l'on reconnaît au propriétaire riverain la faculté de disposer des eaux pour ses propriétés non riveraines, il nous semble logique d'admettre ce droit pour un non riverain qui obtient une concession d'eau. En

effet, comme le fait remarquer M. Laurent, si le droit d'irrigation peut être transporté à un héritage non riverain, qu'importe que cet héritage appartienne à un riverain ou à un non riverain; c'est pour les fonds que ce droit est établi, et non pour les personnes ⁽¹⁾.

Un propriétaire privé de la faculté de prendre l'eau le long de sa propriété à raison de l'escarpement des berges, peut-il prendre une dérivation en amont, en y pratiquant un fossé ou un canal qui amène l'eau sur son propre fonds? Avant 1845, il le pouvait à la condition qu'il fût d'accord avec le propriétaire supérieur dont il empruntait le terrain. Mais il ne pourrait invoquer le bénéfice de la loi de 1845 pour établir sa prise d'eau sur le terrain du riverain supérieur, et le forcer à lui livrer passage pour la conduite de l'eau jusqu'à son fonds; car, il n'est pas riverain, et n'a pas droit aux eaux à l'endroit où il veut les prendre; de plus, pour lui reconnaître ce droit, il faudrait imposer forcément à ce fonds supérieur, non pas seulement une servitude de passage, mais presque toujours une servitude de prise d'eau, avec barrage ou autres travaux nécessaires à cet effet ⁽²⁾.

2º Intérêt de l'irrigation. — La seconde condition, à laquelle se trouve subordonnée la servitude légale d'aqueduc, est que les eaux, pour lesquelles on demande le passage, soient principalement destinées à l'irrigation. La servitude ne doit s'exercer qu'en raison d'un intérêt d'irrigation très sérieux : il ne suffirait pas d'un simulacre

(1) Laurent, VII, 379; Demante, II, 498 *bis*; arrêt, Nîmes 6 déc. 1853, Dall., 54. 2. 209; *Contrà* Wodon, *Droit des eaux*, 232, 235; Ballot, *loc. cit.*; Montpellier, 17 fév. 1852, D. 54. 2. 211.

(2) Demol., XI, 213; Aubry et Rau, III, p. 15, note 6; *Contrà* Daviel, *Comment. de la loi de 1845*, p. 24 et 25.

d'irrigation (Rapport sur la loi 1845, Dall., 45. 3. 118 et 120, notes 3 et 7).

Sous prétexte d'irrigation, la servitude ne peut être demandée et établie principalement, pour de simples usages domestiques ou industriels, par exemple pour l'embellissement d'une maison de campagne ou d'un parc, pour l'exploitation d'une usine. Cependant, la servitude peut être applicable, par cela seul, que les eaux doivent être employées principalement à l'irrigation, alors même qu'elles serviraient accessoirement à l'embellissement d'une propriété ou à l'exploitation d'une usine (Cass., 29 juin 1859, Dall., 59. 1. 415).

3° *Indemnité préalable*. — La troisième condition est le paiement d'une indemnité préalable, c'est-à-dire payée avant le commencement des travaux, et même avant toute prise de possession.

L'indemnité doit être juste. Elle doit comprendre la valeur du terrain en lui-même, tant celui où repose l'aqueduc, que celui servant à son entretien, à ses francs-bords. Elle est légitimement motivée à raison du sol traversé, qui cesse d'être productif pour son propriétaire, et à raison du préjudice que lui a causé la confection et l'existence même du canal, ainsi que de celui qu'entraîne le morcellement de son terrain.

Les propriétaires traversés par le canal d'aqueduc, n'ont droit ni aux eaux, ni à leurs canaux. Lors de la discussion de la loi, on avait proposé de les admettre à demander le partage des eaux, lorsqu'elles excéderaient les besoins de celui qui en aurait demandé le passage, sauf à compenser cet avantage, jusqu'à due concurrence, avec l'indemnité qu'ils auraient à recevoir. Le législateur n'a pas adopté cet amendement, dans la crainte des

contestations auxquelles une telle faculté pourrait donner lieu.

Celui qui réclame la servitude d'aqueduc reste soumis à l'obligation de restitution des eaux, que lui impose l'article 644. Alors même qu'il serait propriétaire des deux rives du cours d'eau, il est tenu de rendre l'eau, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. Et la prise d'eau qu'il exerce en vertu de la loi de 1845 reste soumise à la même charge : car cette loi ne déroge en rien au Code civil. Si la servitude légale pouvait avoir pour effet de rendre en fait, cette restitution matériellement impossible, il y aurait lieu de concilier les droits respectifs des riverains, en vertu de l'article 645, et d'indemniser au besoin les riverains intéressés des dommages qu'ils éprouvent (arrêt, Nancy, 1^{er} mai 1860, Dall., 60. 2. 108).

II. SERVITUDE D'ÉCOULEMENT DES EAUX D'IRRIGATION.

— La concession de la servitude d'aqueduc, entraîne, bien entendu, la concession de toutes les facultés accessoires, sans lesquelles elle ne pourrait pas être exercée, telles que le droit de passage sur les bords, pour le curage, les réparations (arg. de l'article 696 C. civ.).

La servitude d'écoulement des eaux est également une conséquence forcée de la servitude d'aqueduc.

L'article 2 de la loi de 1845 est ainsi conçu : *Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due.*

Cette servitude n'est pas une extension de la servitude naturelle d'écoulement établie ou reconnue par l'article 640 : c'est une servitude nouvelle et spéciale. La

servitude de l'art. 640 est l'œuvre de la nature; elle dérive de l'état naturel des lieux; la servitude légale d'écoulement est l'œuvre unique de la loi; elle est la conséquence de la volonté de l'homme de changer cet état naturel des lieux; il s'ensuit qu'elle n'existe qu'à charge d'indemnité, et qu'elle est soumise à la transcription vis-à-vis des tiers (Aubry et Rau, III, p. 6 et 7, notes 1 et 2).

Il s'ensuit encore, à la différence de l'article 640, que le propriétaire des fonds irrigués peut être astreint à faire, à ses frais, sur les fonds inférieurs assujettis, les travaux nécessaires pour diminuer, autant que possible, le dommage résultant de l'écoulement des eaux. Si donc un canal de dérivation ou tout autre ouvrage de ce genre est reconnu nécessaire, il devra être fait par le propriétaire qui a obtenu le passage (arg. de l'art. 698).

Il appartient, en outre, aux tribunaux de régler l'exercice de cette servitude, en déterminant le cours qu'il convient, dans l'intérêt de l'agriculture, de donner aux eaux surabondantes, fût-ce même des fonds sur lesquels la pente du sol ne les dirigerait pas naturellement (arrêt, Rouen, 20 août 1873, Dall., 74. 2. 116).

L'indemnité doit être préalable comme pour la servitude d'aqueduc. En effet, si, pour la servitude d'écoulement, la loi a substitué les mots « *sauf l'indemnité qui pourra être due* » aux mots « *à la charge d'une juste et préalable indemnité*, » ce n'est pas dans le but de dire que l'indemnité ne sera pas préalable, mais uniquement, pour faire ressortir l'idée, que l'indemnité peut être compensée par les avantages que procure l'écoulement de l'eau provenant de l'irrigation ⁽¹⁾.

(1) Ballot, *loc. cit.*, p. 63; *Contrà* Laurent, VIII, 394.

La servitude d'écoulement pèse non-seulement sur le propriétaire du terrain contigu à celui qui est autorisé : elle s'étend aux propriétaires des fonds subséquents, lorsqu'il y a nécessité. Voilà pourquoi la loi dit : *les propriétaires inférieurs*.

III. SERVITUDE D'APPUI (loi du 11 juillet 1847). — Après avoir conféré aux riverains des cours d'eau le droit de passage et d'aqueduc sur les propriétés voisines, il était naturel et même nécessaire, pour utiliser ce droit dans un grand nombre de cas, de leur donner, sur la rive opposée du cours d'eau, le droit d'appui du barrage indispensable pour élever les eaux à un niveau suffisant. La proposition en avait été faite lors de la discussion de la loi de 1845 ; elle a été reproduite plus tard et est devenue la loi du 11 juillet 1847.

Art. 1^{er}. *Tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir la faculté d'appuyer, sur la propriété du riverain opposé, les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité.*

Comme les servitudes étudiées plus haut, cette servitude d'appui est facultative, en ce sens qu'elle doit être demandée, et qu'elle est abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Elle ne peut être demandée que pour l'irrigation, « Le droit d'appui, disait le rapporteur, ne peut être justifié que par un intérêt réel et sensible d'irrigation ; la servitude légale n'est instituée que dans ce but, et les tribunaux sont armés du pouvoir discrétionnaire, de repousser toute demande, qui ne reposerait pas manifestement sur cet intérêt, ou ne

pourrait le satisfaire, qu'en causant un grand dommage aux propriétés du voisinage » (Dalloz, Rapport, 1847, 5. 121, note 5).

Qui peut réclamer la servitude d'appui? La loi répond à la question : « Tout propriétaire pourra obtenir la faculté d'appuyer, sur la propriété du riverain opposé, les ouvrages nécessaires à sa prise d'eau. » La loi n'accorde le droit d'appui, que sur la rive opposée à celle où se fait la prise d'eau, et non sur les deux rives ; en sorte que, seuls, le riverain et celui qui est à ses droits, son concessionnaire, peuvent réclamer la servitude d'appui.

Pascalis avait proposé d'accorder le droit d'appui sur les deux rives ; il alléguait, que l'on pouvait, par une concession de l'administration, obtenir le droit de disposer des eaux des rivières, sans être riverain, ni d'un côté, ni d'un autre. Cette allégation justifiable, en ce qui concerne les rivières navigables, par les articles 9 et 10 de l'arrêté du 19 ventôse an VI, n'était nullement fondée, quant aux rivières non navigables : sur elles, en effet l'administration n'a qu'un droit de police et de direction. La proposition de Pascalis fut repoussée, comme n'offrant qu'un minime intérêt pratique : le ministre des travaux publics avait déclaré, que jamais l'administration n'avait fait sur les petites rivières, aux propriétaires non riverains, des concessions de prise d'eau, avec faculté d'établir des barrages (1).

(1) Voir la discussion très embrouillée qui eut lieu à ce sujet (Dalloz, 1847. 3. 124 et suiv.). Le projet de loi accorde formellement le droit d'appui sur les deux rives dans son article 78 ; « Tout propriétaire.... peut obtenir la faculté d'établir en travers du cours d'eau, et en dehors de sa propriété, et d'appuyer sur les propriétés riveraines, les ouvrages d'art nécessaires. »

Dans toutes ces servitudes, la loi a en vue, non-seulement l'irrigation des prairies, mais encore celle des jardins potagers, des rizières, des terres labourables, ou d'un terrain quelconque. Elle ne distingue pas non plus entre les divers modes d'irrigation : la servitude d'appui peut être réclamée, non-seulement, pour l'irrigation à grandes eaux, par canaux, fossés ou rigoles, mais encore pour l'arrosement à bras d'un jardin (Cass., 20 décembre 1853, Sirey, 54. 1. 249).

La servitude d'appui, de même que celle d'aqueduc, ne peut être obtenue que moyennant une juste et préalable indemnité. Et cette indemnité n'est due, que pour la valeur du terrain occupé par l'appui du barrage, sauf au propriétaire de la rive opposée à se pourvoir en dommages-intérêts, suivant le droit commun, au cas où il éprouverait des dommages provenant du barrage. Cependant, lors de la discussion, M. Levasseur voulait que l'indemnité fût subordonnée à la hauteur des eaux, à la submersion qui en résulterait pour les propriétaires en amont, au dommage qu'ils en éprouveraient. Mais cette thèse a été complètement rejetée sur les observations de M. Dupin (*Moniteur*, 24 avril 1847, p. 915).

A la différence des propriétaires grevés de la servitude d'aqueduc, et non admis à user des eaux artificielles dont le passage a été autorisé sur leurs fonds, le propriétaire grevé de la servitude d'appui a le droit, en sa qualité de riverain, de se servir du cours d'eau sur lequel s'exerce une pareille servitude.

Et, comme il est copropriétaire mitoyen du lit du cours d'eau, il peut toujours demander l'usage commun du barrage établi sur sa rive, et le rendre ainsi également mitoyen, à charge de contribuer pour moitié aux frais

d'établissement et d'entretien (art. 2). Le législateur a pensé qu'il fallait faire à la matière spéciale de l'irrigation, l'application des principes de la mitoyenneté : cela évite des frais inutiles.

Si le riverain demande la mitoyenneté du barrage, il ne peut plus demander d'indemnité pour l'établissement de ce barrage : et comme l'indemnité est préalable, il l'aura touchée, ordinairement, quand il demandera la jouissance du barrage : en ce cas, dit l'article 2, il restituera l'indemnité qui lui a été payée.

Lorsque l'usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou l'achèvement du barrage, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédant de dépense, qu'entraîneraient les changements à faire au barrage, pour l'approprier à l'usage de son fonds.

Le riverain, qui réclame la copropriété du barrage, supporte, en principe, la moitié des frais. Cette disposition n'a pas passé sans discussion. Plusieurs députés voulaient que le riverain contribuât proportionnellement au volume d'eau dont il ferait la dérivation. Mais cet avis fut repoussé : on fit remarquer que le volume d'eau, dont un riverain a besoin, pouvant varier d'un jour à l'autre, il eût été difficile de le prendre pour base de l'indemnité. Enfin, ce principe de la contribution par moitié, était conforme aux principes du Code civil qui obligent le voisin, voulant acquérir la mitoyenneté d'un mur, à payer indistinctement la moitié de sa valeur et de son entretien, quelle que soit la valeur des deux immeubles contigus.

Toutefois, si la mitoyenneté n'était demandée, que plusieurs années après la construction du barrage, quand déjà il est dégradé par l'usage et le temps, les tribunaux

devront tenir compte de la valeur qu'a le barrage, au moment où la communauté en est réclamée (*Rapport de Dalloz*, Dall., 1847. 3. 424, notes 8, 10). Enfin, les riverains, qui ne font que profiter de la surélévation des eaux produite par le barrage, n'ont aucune indemnité ou contribution à payer de ce chef : en effet, ils ne demandent rien et n'acquièrent aucun droit. Le propriétaire du barrage pourra le supprimer, quand il voudra. C'est seulement, quand les riverains réclament la copropriété du barrage, ou le droit de l'utiliser, à titre de servitude, qu'ils doivent payer une indemnité (1).

Dispositions communes aux trois servitudes.

Le droit d'accorder l'établissement de ces servitudes a été soumis à certaines restrictions basées sur l'inviolabilité du domicile, et l'intérêt de la conservation des constructions et des travaux d'art : les bâtiments, les cours et jardins attenants aux habitations sont affranchis des servitudes d'aqueduc, d'écoulement et d'appui.

Les parcs et enclos attenants aux habitations sont également affranchis, par la loi, des deux servitudes d'aqueduc et d'écoulement; mais ils restent soumis à la servitude d'appui. La raison de cette différence a été expliquée par Dalloz, dans son rapport : La servitude d'appui est moins onéreuse; elle affecte bien moins la propriété, elle ne pénètre pas dans l'intérieur des lieux habités. Du reste, les tribunaux, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, pourront prescrire les travaux qui seront né-

(1) Bertin, *Codes des irrigations*, 414, 421.

cessaires pour la sûreté et la conservation de la clôture, sur laquelle le droit d'appui sera exercé.

L'exemption de la servitude d'appui dont jouissent les bâtiments, cours et jardins attenant aux habitations s'applique-t-elle, lorsqu'il s'agit de barrages déjà établis par le propriétaire de ces immeubles, et dont le riverain opposé demande à acquérir la mitoyenneté ou copropriété? Cette question a été décidée négativement par la Cour de cassation. En effet, le texte suppose qu'il s'agit d'un barrage à établir, et pour la construction duquel il faut pénétrer dans la propriété du riverain opposé. Mais quand il s'agit d'un barrage déjà établi, le propriétaire ne peut plus se plaindre, puisque c'est lui-même qui a établi le barrage. La loi se montre plus difficile pour un barrage à établir, que pour un barrage déjà existant, parce qu'elle présume, que la création du barrage n'a pas été entièrement dénuée du consentement mutuel des deux propriétaires riverains actuels ou de leurs auteurs (Cass., 20 déc. 1853. Sirey, 54. 1. 250). Les contestations, auxquelles peuvent donner lieu les servitudes relatives à l'irrigation, ne sont du ressort ni de l'administration, ni de la juridiction administrative, mais de celui des tribunaux de première instance, qui doivent, en statuant sur ces difficultés, concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. La procédure est sommaire, et s'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert.

Le domaine public n'est pas assujéti aux servitudes établies par les lois de 1845, 1847 : ces servitudes sont, en partie du moins, d'intérêt privé : or, l'intérêt général qui destine le domaine public à l'usage de tous, l'emporte sur l'intérêt des propriétaires ; la destination publique

ne comporte d'ailleurs pas d'assujettissement particulier. De cette observation il résulte que l'autorité judiciaire serait incompétente, pour autoriser ou supprimer le passage des eaux d'irrigation sous un chemin public, ou toute dépendance du domaine public, même en réservant à l'administration tous les moyens d'exécution. Le domaine public étant affranchi de toute servitude d'irrigation, c'est à l'autorité administrative seule, qu'appartient le pouvoir de concéder, régler ou révoquer la faculté d'amener les eaux, par un aqueduc construit sous le sol de la chose publique ⁽¹⁾.

*Servitude d'écoulement en cas d'inondation
et de drainage.*

La loi du 29 avril 1845, article 3, crée une servitude d'écoulement analogue à celle établie, en matière d'irrigation, au profit des marais ou terrains submergés en tout ou en partie, dans le but de les dessécher ou de les débarrasser des eaux nuisibles. La disposition de l'article 3, loi 1845, a été développée et complétée par la loi du 10 juin 1854, sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage. Aux termes de l'article 1^{er}, tout propriétaire qui veut assainir son fonds, par le drainage ou un autre mode d'assèchement, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux, souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés

(1) Déc. C. d'État, 8 mars 1860 (Dall., 60. 3. 83); arr. Dijon, 4 juill. 1866 (Dall., 66. 2. 158); Cass., 28 mai 1872 (Dall., 72. 1. 350 et la note); Limoges, 1^{er} mars 1881, J. P. 1881. 1. 455.

qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement.

Les conditions de l'établissement de cette servitude d'écoulement des eaux nuisibles sont généralement les mêmes que celles de la servitude légale d'irrigation. Notons cependant deux différences : 1° elle n'est pas facultative, comme celle d'aqueduc ou d'appui, elle existe de plein droit, en ce sens que les juges doivent l'établir, dès que le propriétaire la demande; 2° elle n'est pas limitée, comme les précédentes, aux besoins de l'agriculture ou de l'irrigation. La loi ne distingue pas : elle s'applique généralement à tous les fonds, quelle qu'en soit la nature, exploités pour des besoins agricoles ou pour un intérêt industriel (1).

Au surplus, cette servitude est, en réalité, étrangère à la matière des irrigations, et nous aurions pu passer sous silence la loi de 1854, si elle ne contenait, en matière de compétence, une innovation importante et heureuse, qu'il conviendrait d'étendre aux servitudes d'irrigation. Elle soumet au juge de paix, en premier ressort, les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice de la servitude, la fixation du parcours des eaux, l'exécution des travaux de drainage, les indemnités et les frais d'entretien. Cette innovation était ainsi justifiée par le rapporteur : « En agriculture, il faut surtout que l'on puisse opérer promptement et économiquement; la justice des tribunaux de première instance est trop lente, trop coûteuse; la juridiction des juges de paix, plus rapprochée des justiciables, plus rapide et moins dispendieuse, favorisera le drainage. »

(1) Demante, *Cours analyt.*, II, 488 bis.

Ces considérations peuvent aussi bien s'appliquer aux servitudes d'aqueduc et d'appui; et il serait à désirer qu'une loi ramenant l'unité dans cette partie de la législation, étendît la compétence du juge de paix à toutes les contestations en matière d'irrigation. Le projet de loi, en discussion au Sénat, attribue, du reste, la compétence au juge de paix, pour ce qui concerne l'établissement et l'exercice des servitudes d'écoulement sur les héritages inférieurs.

Parmi les dispositions que le projet de loi introduit dans la législation relative au régime des eaux, il nous faut signaler, en terminant cette matière, l'extension des lois du 29 avril 1845 et du 11 juillet 1847 à toutes les entreprises, soit agricoles, soit industrielles, qui ont pour objet l'utilisation des eaux (art. 122-123 du projet).

Associations syndicales d'irrigation.

En agriculture, aussi bien qu'en industrie, il est des opérations qui nécessitent des avances que la plupart des particuliers n'ont ni les moyens, ni la volonté de faire : tantôt, c'est le chiffre de la dépense qui les en empêche, tantôt c'est la lenteur des résultats et le terme éloigné de la rémunération. Il y a de même des opérations, excellentes sur une grande échelle, qui seraient impossibles ou ruineuses dans de moindres proportions. Ces opérations sont interdites la plupart du temps aux petits propriétaires; elles sont presque impossibles, dans les pays, comme la France, où la propriété est divisée et morcelée à l'infini. Au nombre de ces opérations, on peut citer le drainage et l'irrigation, les plus difficiles

peut-être de toutes les opérations agricoles, dans l'état actuel de nos lois et de nos mœurs.

Pour entreprendre et mener à bien ces vastes entreprises, pour remédier à l'impuissance des efforts isolés, pour utiliser les eaux de la manière la plus profitable et la moins coûteuse, les propriétaires peuvent associer leurs intérêts et leurs capitaux; ils peuvent constituer des *associations syndicales*.

L'utilité pratique de ces syndicats n'est plus à démontrer. Des sociétés bien administrées ont l'avantage de concilier la grande culture et l'esprit de durée avec la division extrême de la propriété. « Dans un pays où le sol est morcelé à l'infini, les progrès de la culture des terres sont lents et difficiles : chaque propriétaire, réduit à ses seules forces, est incapable, non pas seulement d'améliorer ses conditions d'exploitation, mais souvent de défendre sa terre contre les dangers de destruction qui la menacent.

L'association des forces peut seule produire l'établissement d'un régime normal des eaux, un système rationnel d'irrigation sur de vastes espaces..... A l'isolement impuissant, il faut substituer l'association féconde » (*Exposé des motifs de la loi de 1865*).

Aussi toutes les fois qu'au sein des Chambres, l'attention a été portée sur les avantages que l'agriculture pouvait retirer de l'emploi des eaux, a-t-on reconnu que l'esprit d'association était seul capable de donner un bon système d'irrigation. Ainsi, dans la discussion des lois de 1845-1847 on trouve cette pensée, plusieurs fois émise, que les actes individuels de propriétaires isolés ne sont rien, qu'il n'y a d'avantages sérieux à attendre que des mesures arrêtées par des propriétaires

nombreux, réunis dans une communauté d'intérêts : on y voit le désir exprimé de donner à l'administration, en matière d'irrigation, comme en matière d'endiguement (Loi 16 sept. 1807), un droit de coaction, pour contraindre les propriétaires à se constituer en association, et à exécuter les travaux jugés nécessaires à la fertilisation du sol. Mais le législateur de 1845-47 n'a pas cru devoir aller aussi loin : et il a laissé, sous l'empire du droit commun, les associations d'arrosants.

La loi du 21 juin 1865, *sur les Associations syndicales*, tout en reconnaissant l'utilité des travaux d'irrigation et de leur bonne direction, au point de vue de l'intérêt général, a également évité de les confondre avec les entreprises de nécessité publique, telles que les endiguements et les dessèchements. Elle a facilité la formation des associations syndicales pour l'emploi des eaux et leur aménagement, mais sans la soumettre soit à la loi des majorités, soit à l'autorité coercitive de l'administration.

Cette loi, que nous devons étudier, au point de vue spécial des syndicats d'arrosants, est venue coordonner, régulariser les dispositions diverses qui régissaient antérieurement les associations syndicales, et y a apporté plusieurs additions : il faut donc, avant de l'analyser, jeter un coup d'œil, sur la législation antérieure.

Syndicats avant la loi du 21 juin 1865.

Les syndicats, ou associations syndicales, sont des réunions de propriétaires intéressés, qui se constituent soit dans un but de défense ou de préservation, soit dans

un but d'utilisation ou de production, soit enfin dans un but d'assainissement (Block, *Dict. d'adm.*).

On les appelle ainsi, parce que leurs représentants ont conservé le vieux mot de syndic, qui, dans l'organisation antérieure à 1789, s'appliquait, surtout dans le midi de la France, aux représentants des intérêts collectifs, notamment des intérêts municipaux.

L'origine de ces associations syndicales est fort ancienne, et plusieurs d'entre elles remontent au moyen âge. L'administration des Wateringues du Nord date de 1169... En Provence et dans le Comtat, les propriétaires se sont réunis depuis longtemps pour endiguer les rives du Rhône et de la Durance, et creuser ces canaux d'arrosage si précieux sous le climat brûlant du Midi. Ces sociétés portent encore le nom primitif d'*OEuvre d'Arles, de Craponne*, etc... Elles remontent au XII^e siècle, pour les travaux d'endiguement, au XV^e pour le dessèchement, et au XVI^e pour l'exécution des grands canaux d'arrosage. Les communautés d'arrosants du Roussillon sont plus anciennes encore; elles se sont formées sous l'empire de la législation des Wisigoths et des Arabes (1)....

Avant 1865, les dispositions législatives ou réglementaires régissant les syndicats, étaient éparées dans diverses lois, et divers décrets: c'étaient les lois des 12-20 août 1790; 28 septembre - 6 octobre 1791; 4 pluviose an VI; 14 floréal an XI; 16 septembre 1807; 10 juin 1854; et les décrets du 25 mars 1852 et du 13 juin 1861.

On distinguait deux manières de s'associer en syndicats. La première était de se constituer en association toute privée, sans rien demander au Gouvernement,

(1) Voy. Exposé des motifs de la loi de 1865.

sans même l'informer des travaux que l'on se proposait de faire. Les associés donnaient leur terrain, leur temps, leur argent, à leur gré, à leur guise. C'étaient de simples sociétés civiles, régies par les dispositions du Code civil. La société civile, appelée à intervenir en justice, ne peut le faire, qu'à la charge de mettre tous les intéressés en cause; et la Cour de cassation appliquait rigoureusement le principe : ces sociétés libres d'arrosants ne pouvaient donc se faire représenter en justice par leurs syndics (Cass., 26 mars 1841, Sir., 41. 1. 483).

C'était un obstacle sérieux au développement et à l'organisation de ces syndicats. En effet, la personnification de la société dans un syndic, a une valeur réelle très importante : car elle assure la constance et la continuité active de la surveillance de tous, au profit de l'intérêt commun, avec lequel s'identifie l'intérêt individuel, en même temps que les dépenses et les frais judiciaires diminuent dans une noble proportion.

Toutefois, dans un arrêt postérieur, la Cour de cassation était revenue sur sa jurisprudence rigoureuse, et elle avait reconnu qu'une association d'arrosage, constituée sans le concours de l'autorité publique, pouvait être représentée en justice, lorsqu'elle existait de temps immémorial, qu'elle avait fait des travaux d'intérêt général, et qu'elle avait toujours été représentée par ses syndics dans ses rapports avec les tiers (Cass., 6 juillet 1864, Dall., 64. 1. 424).

A côté de ces associations libres, il y avait des associations également volontaires, mais placées sous le patronage de l'administration. Les propriétaires intéressés devaient, avant 1852, se pourvoir d'un décret délibéré en Conseil d'État; mais le décret de décentralisation, du

25 mars 1852, avait conféré aux préfets, la constitution en associations syndicales des propriétaires intéressés à l'exécution des canaux d'arrosage ou de dessèchement, lorsque ces propriétaires seraient d'accord pour l'exécution des ouvrages et la répartition des dépenses.

Ces associations syndicales d'irrigation, autorisées par arrêté préfectoral, ne pouvaient comprendre que des propriétaires adhérents à l'acte d'association. Nul ne pouvait être, malgré lui, engagé dans une association qui avait pour but, non pas de préserver d'un dommage, d'un péril commun, mais de faire acquérir une plus-value, par une amélioration, dont l'intérêt variait suivant les circonstances. En conséquence, un propriétaire qui avait été, malgré son refus d'y entrer, compris dans une association syndicale pour l'irrigation, devait obtenir décharge de la taxe à laquelle il avait été imposé, sauf au syndicat, dans le cas où le propriétaire aurait profité des dépenses effectuées par l'association, à faire valoir, devant l'autorité compétente, les droits qui pourraient lui appartenir (Conseil d'État, 13 juin 1867, canal de Crillon).

La négligence ou la mauvaise volonté des opposants ne pouvait être vaincue que dans le cas où, à raison de l'importance des travaux à effectuer, de l'étendue des terrains à arroser, le décret émané de l'administration déclarait l'entreprise d'utilité publique. L'association arrivait à son but, par les moyens ordinaires de l'expropriation (C. d'Ét., 24 juin 1859, aff. Villon; Rec. Lebon, 1859, p. 439).

Mais le patronage accordé par l'administration, à ces associations purement volontaires, n'était pas sans avantages pour elles; il leur conférait, d'après la jurisprudence de l'autorité judiciaire, la qualité de personne

civile, et, par suite, le droit de se faire représenter en justice par leurs syndics; il leur procurait, en outre, des moyens d'action plus rapides pour le recouvrement de leurs taxes, et des subventions sur les fonds de l'État.

Il y avait une troisième espèce d'associations syndicales : les associations forcées. Elles pouvaient être imposées aux-intéressés, malgré leur résistance même unanime. Elles avaient pour objet des travaux de nécessité publique, tels que les travaux de défense contre la mer, les fleuves, les torrents, etc. (Lois du 14 floréal an XI et du 16 sept. 1807).

Loi du 21 juin 1865.

La loi du 21 juin 1865, en conservant à l'administration, à défaut d'associations syndicales formées suivant ses prescriptions, tous les droits qui lui sont conférés par les lois de l'an XI et de 1807, est venue combler les lacunes de la législation, et réglementer, d'une manière générale, les associations syndicales.

Elle organise deux sortes d'associations syndicales : les unes libres, pour lesquelles l'accord unanime des intéressés continue d'être nécessaire, mais qui deviennent personnes civiles; les autres autorisées, qui jouissent de prérogatives considérables, et pour la constitution desquelles, le consentement de la majorité soit en nombre, soit en surface, suffit avec l'approbation préfectorale.

L'article 1^{er} énumère les travaux qui peuvent être l'objet d'une association syndicale. Les uns, ceux qui sont indiqués sous les numéros 1 à 5 : travaux de défense contre la mer, les fleuves, les torrents, de curage, de

dessèchement des marais, sont des travaux qui touchent à l'intérêt public. Les associations syndicales, qui ont pour but l'exécution ou l'entretien de ces travaux, peuvent se former sans l'adhésion de tous les intéressés : l'adhésion de la majorité des intéressés et des intérêts suffit : ce sont des *associations autorisées*.

Les autres travaux, énumérés sous les numéros 6 à 8, sont des travaux d'amélioration, d'utilité et non de nécessité publique : ce sont les travaux d'irrigation, de colmatage, de drainage, etc..... Les associations syndicales pour ces travaux ne peuvent se constituer qu'avec l'assentiment unanime des propriétaires intéressés. Ce sont des *associations libres*. Nous n'avons à étudier que celles-là.

L'obstacle le plus grand à la formation de ces associations résultait, nous l'avons vu, de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui leur refusait le droit d'ester en justice par leurs syndics. L'article 3 de la nouvelle loi leur a conféré ce droit. « Les associations, soit libres, soit autorisées, peuvent ester en justice par leurs syndics, acquérir, vendre, transiger, emprunter, hypothéquer. » En un mot, l'association syndicale est, désormais, une personne morale qui peut faire tous les actes de la vie civile, par l'organe de ses syndics. Mais ces associations ne doivent pas être considérées comme des établissements d'utilité publique. Ce sont des sociétés privées, qui s'administrent dans les conditions fixées par leur acte d'association et suivant les règles du droit civil, comme de simples particuliers ; elles sont exclusivement soumises, pour tous les litiges qui peuvent les concerner, à la compétence judiciaire, et aucune des règles propres aux établissements d'utilité publique ne leur est applicable (Nîmes, 22 avril 1872, Sirey, 72. 2. 232).

L'article 4 a fait disparaître une autre difficulté que rencontrait la constitution volontaire des associations. Parmi les intéressés peuvent se trouver des incapables, des mineurs, des interdits, des absents, on pouvait contester la validité des associations dans lesquelles l'adhésion aurait été donnée par les représentants de ces incapables. L'article 4 donne aux représentants des incapables le pouvoir d'adhérer, en leur nom, à une association syndicale. Cette disposition a été empruntée à l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois, on a attribué expressément, au tribunal de la situation des biens, compétence pour accorder, aux représentants des incapables, l'autorisation de donner leur adhésion. Ce tribunal, a-t-on dit, pourra bien mieux, que le tribunal du domicile, apprécier l'utilité de l'opération projetée, et sa décision sera plus prompte et plus éclairée.

Formation des associations libres. — Les propriétaires ne peuvent être contraints à exécuter en commun, des travaux d'ensemble, pour utiliser les eaux qui traversent ou bordent leurs héritages. Le rôle de l'administration doit se borner, en pareille matière, à conseiller, à encourager et à aider les particuliers (V. plus haut, p. 183).

Les associations syndicales libres se forment, par le consentement unanime des associés qui doit être constaté par écrit, c'est-à-dire par acte notarié, ou par simple acte sous-seing privé, spécifiant le but et les conditions de l'association. L'acte d'association règle, en outre, le mode d'administration de la société, et détermine les pouvoirs du syndic, et le mode de recouvrement des cotisations, etc... (art. 5).

L'article 6 prescrit encore, dans l'intérêt des tiers, la

publication d'un extrait de l'acte dans un journal du département : et c'est à l'observation de ces formalités qu'est attaché l'exercice des droits conférés par l'article 3. Ainsi avertis, les étrangers, qui auraient à contracter avec l'association, pourront mesurer toute la part de confiance qu'ils peuvent accorder, en connaissant le nom des propriétaires associés, et les charges de l'association qui doivent peser sur leurs immeubles. Enfin, un extrait de l'acte doit être transmis au préfet et inséré au *Recueil des actes de la préfecture*.

Conversion de l'association libre en association autorisée. — Malgré toutes les clauses insérées dans l'acte d'association, le fonctionnement de ces associations libres est difficile. Aussi ont-elles intérêt à se transformer en associations autorisées, pour jouir des avantages que la loi confère à ces dernières, et disposer des moyens d'action que peut conférer l'intervention de l'autorité publique. L'article 8 prévoit cette conversion : « Les associations syndicales libres peuvent, sur leur demande, être converties, par arrêté préfectoral, en associations autorisées. »

Cette conversion doit résulter, d'abord, d'une décision prise par la majorité dans une assemblée générale, conformément à l'article 12; c'est-à-dire, avec l'adhésion de la moitié des intéressés, représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains, ou des deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie.

Mais la loi, en traçant cette règle, a dû aussi tenir compte des contrats qui lient déjà les parties. Ainsi, si une association libre avait inséré, dans son acte constitutif, des conventions particulières, au sujet de sa transformation éventuelle en association autorisée, ces con-

ventions devraient être respectées, puisqu'elles seraient la loi des parties (art. 1134 C. Civ.).

Au moyen de l'autorisation administrative, les associations syndicales jouissent des droits et avantages accordés par les articles 15, 16, 17, 18, 19 de la loi de 1865.

Taxes. — Art. 15. « Les taxes ou cotisations sont recouvrées sur des rôles dressés par le syndicat chargé de l'administration de l'association, approuvés et rendus exécutoires par le préfet. Le recouvrement est fait comme en matière de contributions directes. »

L'article 16 attribue, au conseil de préfecture, la compétence de toutes les contestations relatives à la fixation du périmètre des terrains compris dans l'association, à la division des terrains en diverses classes, au classement des propriétés, à l'exécution des travaux, à la répartition et à la perception des taxes.

Art. 17. « Nul propriétaire, compris dans l'association, ne pourra, après le délai de quatre mois, à partir de la notification du premier rôle des taxes, contester sa qualité d'associé, ou la validité de l'association. » Cette disposition a pour but de donner aux associations plus de facilité à obtenir des prêts des grands établissements financiers.

L'article 18 assure aux syndicats un avantage très précieux ; il les autorise à recourir à l'expropriation, après une déclaration d'utilité publique rendue en Conseil d'État ; les indemnités sont réglées par le jury, conformément à l'article 16 de la loi du 21 mai 1836 ; c'est-à-dire, que le juge spécial chargé de régler l'indemnité ne sera composé que de quatre jurés, et présidé par un juge du tribunal de première instance, ou un juge de

paix désigné par ce tribunal. « Ces formes, tout en offrant aux intéressés des garanties complètes, sont plus simples, plus expéditives que celles de la loi de 1841 » (Circ. minist. du 12 août 1865).

Art. 19. « Lorsqu'il y a lieu à l'établissement de servitudes, conformément aux lois, au profit d'associations syndicales, les contestations seront jugées suivant les dispositions de l'article 5 de la loi du 18 juin 1854. » Ce dernier article substitue la compétence du juge de paix à celle du tribunal, et permet, s'il y a lieu à une expertise, de ne désigner qu'un seul expert.

Tels sont les avantages attachés au titre d'associations autorisées, et que peuvent obtenir les associations libres, moyennant un arrêté de l'administration. Nous avons vu que, sous certaines conditions, la minorité ne pouvait mettre obstacle à cette conversion. Mais outre les conditions sévères de majorité qu'exige l'article 12, la minorité a deux autres garanties : d'abord, l'ouverture, au profit des dissidents, d'un recours sur lequel il est statué par décret rendu en Conseil d'État, et ensuite la faculté de délaisser, de se laisser exproprier, moyennant indemnité, ouverte lorsqu'il s'agit de travaux dont l'exécution n'est pas obligatoire, par exemple, des travaux de drainage et d'irrigation.

Dans sa circulaire, le Ministre de l'agriculture et du commerce émet l'espoir que tous ces avantages engageront les associations libres à demander cette transformation, et il engage les préfets à encourager, autant que possible, « une mesure qui doit avoir pour effet d'imprimer aux opérations des syndicats une marche plus rapide et plus régulière. »

Projet de modification de l'article 9 de la loi de 1865.

La loi de 1865, qui avait pour but d'encourager l'initiative individuelle des propriétaires, de provoquer l'esprit d'association, et de faciliter ainsi l'exécution des travaux d'amélioration agricole, n'a pas obtenu les résultats brillants qu'en attendaient ses auteurs. Elle apportait peu de changements au régime des travaux prévus par les cinq premiers numéros de l'article 9, et les travaux d'irrigation et de colmatage restaient dans le droit commun, en ce que l'association ne pouvait se former que par le consentement unanime des intéressés. Aussi, la loi de 1865 est-elle restée à peu près sans application aux associations syndicales d'irrigation et de colmatage, ainsi que l'a constaté la commission supérieure de l'aménagement et de l'utilisation des eaux instituée en 1879, au ministère des travaux publics. On comprend toutes les difficultés que peut présenter l'accord de propriétaires, souvent nombreux, appelés à se prononcer sur l'utilité des travaux, sur la direction à leur donner, sur les voies et moyens nécessaires pour subvenir à la dépense, sur les limites du mandat à donner au syndic, sur le mode de recouvrement des cotisations. Il suffit d'un propriétaire récalcitrant pour entraver des travaux d'une utilité réelle, et pour empêcher les améliorations projetées par tous les autres. Aussi, dès 1866, lors de l'enquête agricole, les Chambres d'agriculture proposaient-elles, comme le moyen le plus sûr d'encourager les grands travaux d'irrigation, de les assimiler aux travaux de dessèchement et d'endiguement. Il fallait abandonner la distinction admise entre les travaux de nécessité publique et ceux

d'amélioration et d'utilité, et permettre la formation de syndicats autorisés pour tous les travaux spécifiés dans l'article 1^{er} de la loi de 1863; de cette manière, les propriétaires intéressés seraient tenus de subir la loi des majorités.

Un projet de loi, dans ce sens, a été déposé, le 28 mai 1873, par plusieurs membres de l'Assemblée nationale, appartenant à la réunion libre des agriculteurs. Ce projet de loi, soumis à une commission, et approuvé par cent dix-neuf Chambres d'agriculture, était ainsi conçu : *Les propriétaires intéressés aux travaux spécifiés aux numéros 6, 7, 8 de l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 1863, pourront aussi être réunis en association syndicale autorisée, lorsque ces travaux auront été reconnus d'utilité publique par un décret rendu en Conseil d'État* (1).

Le rapport concluait au renvoi du projet de loi à l'examen du Conseil d'État, lequel rendit son avis le 6 mai 1876. Cet avis continuait à faire la distinction fondamentale de la loi du 21 juin 1863, entre les travaux de défense et les travaux d'amélioration, et déclarait que les entreprises d'irrigation, étant inspirées par le seul esprit de spéculation, ne sauraient être imposées aux propriétaires intéressés.

Cette proposition de loi, reprise dans diverses commissions, a été définitivement repoussée, notamment sous l'influence de M. Aucoc, qui développa cette idée : *Nemo invitatus cogitur locupletior fieri.*

Le projet de loi consacre le système de la plus-value, adopté par plusieurs législations étrangères : « Tout pro-

(1) V. rapport de M. de Ventavon, *Journal officiel*, 28 janvier 1876, p. 837.

priétaire de terrains qui aura profité directement des travaux exécutés par l'association syndicale pourra subir une demande en plus-value ou être incorporé à l'association. »

Dans le même ordre d'idées, le projet autorise les usines à se réunir en association syndicale pour utiliser toutes les forces d'un cours d'eau, ou pour créer dans les vallées supérieures de grands bassins où les eaux des grandes pluies viendront s'emmagasiner.

Le Conseil d'État, dans son avis du 6 mai 1876, reconnaissait que les travaux d'irrigation pour la submersion des vignes atteintes par le phylloxéra, présentaient des caractères de travaux de défense suffisants pour permettre le régime des associations autorisées. Le projet de loi porte, que les travaux de colmatage et d'irrigation pourront donner lieu à la constitution d'associations syndicales autorisées, lorsqu'ils auront un but de préservation pour l'hygiène publique ou de défense pour la propriété, notamment pour le phylloxéra ⁽¹⁾.

(1) V. Godoffre, *Assoc. synd.*; Aucoc, *Conférences*, II; Lambert, *Th. doct.*, 1881.

TROISIÈME PARTIE.

Des moulins et usines sur les cours d'eau non navigables ni flottables.

Les cours d'eau ne servent pas seulement pour l'irrigation des terres ; ils sont aussi utilisés, comme force motrice, et on peut même dire que c'est là un de leurs usages les plus importants, aujourd'hui que l'industrie a pris un si grand essor. On peut en outre remarquer que les avantages spéciaux attachés à l'emploi des moteurs hydrauliques, utilisant un agent naturel d'un emploi presque gratuit, présentent, pour la plupart des industries, des avantages si notables que l'on doit chercher à en étendre l'usage, dans les limites aussi larges que possible. Sur les rivières navigables, les usines ne peuvent s'établir, cela va de soi, qu'en vertu d'une permission émanée du Gouvernement ; et là, l'industrie manufacturière doit céder le pas à l'industrie des transports ; d'où, l'établissement de ces usines ne peut être concédé, qu'à la condition expresse, que la navigation ne soit pas entravée.

Sur les petits cours d'eau, les usines sont à leur vé-

ritable place; mais là encore, l'industrie manufacturière se trouve en antagonisme avec une industrie aussi légitime, l'industrie agricole. Les deux intérêts de l'agriculture et de l'industrie sont aussi respectables; aucun d'eux ne doit être sacrifié à l'autre. Ce n'est qu'en réglant, d'une manière équitable et éclairée, les droits respectifs des particuliers, que l'autorité administrative peut mettre en harmonie les intérêts de l'agriculture avec ceux de l'industrie; aider au développement de la richesse publique, sans porter atteinte aux droits acquis (Nadault de Buffon, *Des usines*, t. I).

Nous nous occuperons spécialement ici du régime particulier, auquel est soumise la propriété des usines sur les cours d'eau, dans ses rapports avec le pouvoir réglementaire de l'administration; de l'autorisation nécessaire pour donner à ces établissements l'existence légale; des formes de la demande en autorisation, et des incidents auxquelles elle peut donner lieu; enfin, des indemnités pour dommages et chômages causés par l'exécution des travaux publics. Nous aurons ainsi parcouru à peu près toutes les difficultés de la matière.

Intervention de l'autorité administrative.

La loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre II, article 16, attribue à l'autorité administrative un pouvoir de surveillance et de contrôle tout spécial sur l'affectation des eaux courantes au roulement des usines, et, par suite, soumet les particuliers à l'obligation de se munir d'une permission préalable pour créer des usines. Ainsi, sur les cours d'eau non navigables ni flottables le droit des

propriétaires riverains de mettre à profit les pentes des cours d'eau pour y établir des usines, est subordonné à la permission qu'ils doivent demander au Gouvernement. C'est là un point sur lequel la jurisprudence est bien fixée et la doctrine à peu près unanime. Cependant, ainsi que le fait remarquer Foucart ⁽¹⁾, aucune loi n'assujettit spécialement les riverains d'un petit cours d'eau à la formalité d'une autorisation administrative, et ce n'est qu'en vertu d'une simple tradition, que cette formalité est imposée. Aussi plusieurs auteurs ont-ils protesté contre cet usage ⁽²⁾, et M. Rauter, rapporteur d'un projet de loi sur les cours d'eau signalait-il cette jurisprudence comme « résultant d'une interprétation abusive des lois ⁽³⁾. » Quoi qu'il en soit, nous admettons la nécessité de ces autorisations, et nous lui donnons pour base le droit de police de l'administration.

A l'égard de l'administration, cette autorisation constitue le titre légal de l'usine. Le propriétaire y trouve une garantie de la durée et de la sécurité de sa jouissance. En effet, tout établissement hydraulique, créé en dehors de l'agrément de l'administration, peut toujours être considéré par elle, comme nuisible au cours d'eau et préjudiciable à la sécurité et à la salubrité publiques; elle est en droit de présumer le caractère nuisible de l'établissement non autorisé et de recourir aux mesures extrêmes que ce caractère justifie, par exemple, la mise en chômage ou la suppression sans indemnité (C. d'Ét., 23 août 1836). Elle peut de même disposer des eaux, au détriment de cette usine, sans être tenue à indemnité.

(1) Foucart, *Dr. adm.*, n° 1311.

(2) Troplong, *Prescript.*, I, page 232; Championnière, *op. cit.*

(3) *Moniteur*, n° 153, Supplément, 2 juin 1835.

Au contraire, l'usinier autorisé échappe aux mesures privisionnelles de rigueur. L'autorisation donnée ne laisse plus de place à la présomption qui permet à l'autorité publique, de considérer les entreprises nouvelles, comme autant d'obstacles au libre cours des eaux.

Mais la possession, quoique délictueuse et précaire au regard de l'administration n'en est pas moins légale au fond. Les travaux, quoique non autorisés, peuvent, de la part des riverains, fonder une possession et une prescription utile non précaire. Aussi, la question de savoir si l'usine a été autorisée légalement, ne peut être préjudicielle à la question du droit d'un usinier à une indemnité, en cas de dommages causés par un tiers à son usine.

De leur côté, les riverains, auxquels ces travaux non autorisés peuvent nuire, a le droit de postuler, contre celui qui a fait ces ouvrages, des dommages-intérêts, et la suppression des travaux. Les tribunaux saisis ne peuvent même surseoir, jusqu'après la décision de l'autorité administrative sur l'exécution des travaux.

Au surplus, toutes ces règles, et celles que nous aurons à étudier dans la suite, s'appliquent à tous les ouvrages sur les cours d'eau, sans qu'il y ait à distinguer les barrages construits en vue d'irrigation, et ceux élevés en vue de moulins et d'usines.

A l'égard des usines établies avant 1790, les concessions faites par les seigneurs forment un titre légitime, au moyen duquel les concessionnaires doivent être maintenus. L'existence de ces usines a été consacrée par la jurisprudence, même indépendamment de toute preuve qu'elles auraient été construites par d'anciens seigneurs, ou en vertu de leurs concessions. Mais, si ces usines

ont une existence légale, l'administration peut toujours, dans des vues d'intérêt général, en contrôler le régime, et ordonner les modifications qui seraient jugées nécessaires.

Depuis les décrets de décentralisation, ce sont les préfets qui statuent sur les demandes en autorisation d'usines ou de prises d'eau isolées, sur la régularisation desdits établissements (1).

L'autorité supérieure n'a plus à s'occuper de la réglementation des établissements hydrauliques, que lorsqu'il s'agit de procéder à un partage d'eau entre l'agriculture et l'industrie, en dehors d'anciens règlements ou des usages locaux, ou contrairement à ces règlements ou usages. En pareil cas, il doit être statué par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique (C. d'Ét., 26 août 1867. Bardot).

Formes de la demande en autorisation.

Les formalités à remplir pour obtenir l'autorisation sont tracées par l'instruction du 23 octobre 1851. Voici quelles en sont les principales dispositions :

Toute demande relative à la construction première d'une usine, ou à la régularisation, à la modification d'établissements anciens et déjà autorisés, doit être adressée au préfet, sur papier timbré, et énoncer : 1° les noms du cours d'eau et de la commune sur lesquels l'usine devra être établie, les noms des établissements hydrauliques placés immédiatement en amont et en aval ;

(1) Décr. des 25-30 mars 1852, art. 4 et tableau D.

2° L'usage industriel auquel l'usine est destinée;

3° Les changements présumés que l'exécution des travaux devra apporter au niveau des eaux, soit en amont, soit en aval;

4° La durée probable de l'exécution des travaux.

Le pétitionnaire doit en outre justifier qu'il est propriétaire des rives dans l'emplacement du barrage projeté, et du sol sur lequel les autres ouvrages doivent être exécutés, ou produire le consentement écrit du propriétaire de ces terrains.

La demande est ensuite soumise à une enquête préalable de vingt jours; l'arrêté du préfet, qui prescrit cette enquête, reçoit toute publicité par les soins du maire (affiches à la mairie, à l'église, publications à son de caisse). Un registre destiné à recevoir les observations des parties intéressées, est ouvert à la mairie. L'accomplissement de ces formalités est certifié par le maire de la commune.

Lorsque le préfet s'est assuré de la régularité de l'enquête, il transmet les pièces à l'ingénieur en chef, qui les envoie à l'ingénieur ordinaire chargé de procéder à la visite des lieux et à l'instruction de l'affaire.

L'instruction ministérielle que nous analysons, trace, dans les moindres détails, les formes à suivre par l'ingénieur ordinaire, quand il procède à la visite des lieux : avis donné au maire, convocation des intéressés, rattachement à un ou plusieurs repères provisoires de la hauteur des eaux en amont et en aval, etc., etc... Il dresse un procès-verbal des diverses opérations et vérifications, y ajoutant les observations des parties; il dresse les plans et nivellements nécessaires à l'instruction de l'affaire. — L'instruction terminée, l'ingénieur résume ses proposi-

tions dans un projet de règlement séparé de son rapport. Il doit tenir compte, autant que possible, des ouvrages existants, et ménager les intérêts des propriétaires d'usines.

L'ingénieur en chef, ayant reçu toutes les pièces, les transmet au préfet, avec ses dires et ses observations.

Conformément à la circulaire du 16 septembre 1834, ces pièces sont soumises à une nouvelle enquête semblable à la première : mais elle ne dure que 15 jours.

Si, d'après ses résultats, les ingénieurs croient devoir ajouter, à leurs premières conclusions, quelque changement qui soit de nature à provoquer de nouvelles oppositions, l'affaire doit de nouveau être soumise à une enquête de 15 jours. Une fois ces formalités accomplies, le préfet statue, en vertu des pouvoirs qui lui ont été attribués par le décret du 25 mars 1852.

Après la décision rendue, lorsque le délai fixé à l'impétrant s'est écoulé, l'ingénieur ordinaire se transporte sur les lieux, pour vérifier si les travaux ont été exécutés conformément aux dispositions prescrites, et il rédige, en présence de l'autorité locale et des parties intéressées, un procès-verbal de récolement.

Si les travaux sont conformes aux dispositions prescrites, l'ingénieur en propose la réception, et transmet le procès-verbal de récolement, en triple expédition, à l'ingénieur en chef, qui le soumet, avec son avis, à l'approbation du préfet. L'une des expéditions est transmise au ministre des travaux publics, une autre déposée aux archives de la préfecture, et la troisième à la mairie de la situation.

Lorsque les travaux présentent, sur les conditions de l'autorisation, des différences notables, le préfet doit

mettre le permissionnaire en demeure de se conformer à la décision précédemment rendue; et, en cas de refus ou de négligence de sa part, il ordonne la mise en chômage de l'usine, et même, s'il y a lieu, la destruction des ouvrages dommageables.

Cette analyse de la circulaire ministérielle montre bien jusqu'où est poussée, dans cette matière, comme dans beaucoup d'autres, la manie de réglementation à outrance. Le ministre a obéi à cette tendance qui, depuis si longtemps, multiplie les formalités et les complications de toute nature. Mais ces formalités qu'on impose, au nom de l'intérêt général, n'ont-elles pas pour effet de paralyser les efforts de l'initiative individuelle. Comment l'esprit d'entreprise pourrait-il s'accommoder de cette multiplicité d'enquêtes, de visites de lieux, de contre-enquêtes, de rapports, de plans, de nivellements, de récolements, etc.? Quoi qu'on fasse, il n'est pas possible de parcourir rapidement ces phases d'instructions où tout est prévu avec une minutie admirable; or, pendant que le temps s'écoule, les capitaux préparés en vue de la construction d'une usine dorment inactifs, et l'industriel perd le plus souvent des occasions de bénéfices importants. Or, l'industrie, comme le commerce, vit avant tout de liberté : lui imposer des entraves inutiles, c'est l'enchaîner, c'est arrêter l'essor de ses combinaisons, c'est compromettre dans ses développements, l'un des éléments les plus considérables de la richesse publique ⁽¹⁾.

Il y a bien des années qu'un homme d'esprit, s'était

(1) Voy. J. Liégeois : *Rapports de l'économie politique avec le droit administratif*. Rev. prat., t. XX, p. 1.

amusé à compter le nombre d'actes et d'autorisations nécessaires pour l'établissement d'un simple batelet de plaisance sur une rivière : ce nombre était de 30 à 40. Mais aucune réforme n'a été tentée, et nous sommes toujours régis par ce système réglementaire qui, sous prétexte de tutelle et de protection, nous oblige à rendre compte de nos projets, à solliciter une permission pour chacun de nos actes, à employer le style suppliant de la pétition pour user de nos droits. Ce système « use notre patience, paralyse nos facultés; il fait, sur l'activité de l'homme industriel, l'effet de la rouille sur le tranchant des outils (1). » Enfin il nuit singulièrement à tout progrès, et entrave l'application usuelle des lois édictées pour encourager l'agriculture et multiplier les prairies. Beaucoup de propriétaires n'osent les invoquer, et reculent devant les formalités qu'entraîne la moindre demande de barrage ou de prise d'eau. Ce n'est pas tout : l'action administrative, en matière de cours d'eau, entraîne des frais qui sont mis dans la pratique à la charge des riverains, par une interprétation peut-être fantaisiste de l'article 75 du décret du 25 août 1804. Un propriétaire demande l'autorisation d'établir une usine, de faire une prise d'eau, de placer un lavoir, ou simplement de modifier un état de choses ancien, de travailler à une digue, d'élever ou d'abaisser un repère, sa pétition sera soumise à tous les degrés de la hiérarchie des ponts et chaussées. Que sa demande soit accueillie ou refusée, il aura à payer la note des ingénieurs ou conducteurs chargés du travail. Dans cette hypothèse, il paiera de bon gré, puisqu'il sait que c'est lui qui a provoqué ce travail.

(1) Michel Chevallier, *Lettres sur l'organisation du travail*.

Voici une autre hypothèse, où il fera plus de difficultés pour acquitter la taxe administrative : qu'un voisin forme une plainte contre un riverain, à raison d'un barrage, d'une prise d'eau ou d'une usine; cette réclamation provoquera une enquête, une visite des lieux de la part des ingénieurs. Que cette réclamation soit admise ou rejetée, peu importe; c'est toujours le riverain propriétaire du barrage ou de l'usine, qui devra payer les frais de transport et les honoraires des ingénieurs. S'il s'y refusait, le receveur de l'enregistrement, chargé du recouvrement de ces taxes, saurait bien le forcer à payer, par toutes les voies de contrainte, y compris la saisie.

Bien plus, si l'administration, en dehors de toute demande, de toute plainte, juge à propos d'envoyer les agents du service hydraulique, inspecter les barrages et les usines, ces agents qui ont déjà un traitement payé par l'État, pour remplir cette mission, peuvent encore se faire payer des honoraires par les riverains, et obtenir à cet effet, du préfet, un mandat exécutoire.

N'est-ce pas là un lourd impôt qui pèse sur la propriété, sur l'agriculture et l'industrie? et un impôt qui n'entre pas dans le trésor public?

N'est-ce pas là aussi qu'il faut chercher le motif du peu de résultats pratiques qu'ont eu les lois de 1845-1847? En vain fera-t-on des lois pour faciliter la mise en activité de toutes les ressources industrielles et agricoles : si, pour obtenir le moindre barrage, la moindre prise d'eau, il faut payer aux ingénieurs, conducteurs et piqueurs, une taxe fort élevée, les propriétaires reculeront, d'autant plus qu'ils ne pourront prévoir à l'avance le montant de cette taxe, et les vœux excellents formulés

dans tous les exposés de motifs seront condamnés à demeurer platoniques (1).

Des oppositions.

L'instruction administrative, étudiée ci-dessus, a pour but de provoquer les oppositions des parties intéressées. Sous la dénomination générique d'oppositions, on comprend toutes les observations ou objections, que les tiers produisent, pendant l'instruction, dans le but de faire refuser la demande, ou d'en faire subordonner l'octroi à certaines conditions ou restrictions.

(1) L'article 75 du décret du 25 août 1804, qui est le point de départ de la taxe actuelle, contient cette disposition : « *Le mandat du préfet sera exécutoire contre les particuliers, qui, intéressés dans une affaire administrative, contentieuse ou judiciaire, auront été déclarés devoir supporter les frais dus à l'ingénieur.* » M. Bordeaux (*Observations sur les frais d'ingénieur*), qui s'élève avec force, contre ce cumul d'un traitement fixe avec un *casuel* perçu à l'occasion de mesures faciles à provoquer, conteste la légitimité des honoraires perçus en matière de police, telle qu'instruction de demandes, surveillance de curage, autorisation de barrages. Les travaux des ingénieurs, en matière de cours d'eau, sont, dit-il, compris dans les attributions pour lesquelles ces agents reçoivent un traitement du trésor public. Pourquoi donc les particuliers devront-ils salarier les ingénieurs pour une mission qui ne fait que *toucher aux intérêts privés*, mais qui doit souvent être contraire à ces intérêts, puisque « en tout état de choses, les ingénieurs du Gouvernement ne peuvent procéder en leur qualité que dans un intérêt public (Nadault de Buffon)? » D'ailleurs, l'article 75 exige que les particuliers *aient été déclarés devoir supporter les frais dus à l'ingénieur*. Cela suppose une *déclaration* préalable, antérieure au mandat du préfet, et cette déclaration, continue M. Bordeaux, ne peut se trouver que dans certains actes : par exemple, dans des jugements de condamnation émanés des tribunaux ordinaires ou administratifs; dans des marchés passés avec l'administration; dans des concessions purement facultatives et gracieuses de l'autorité administrative. Voy. Nadault de Buffon, II, parag. 9.

Les motifs des oppositions peuvent varier à l'infini. Les uns s'appuient sur un prétendu droit de propriété, d'usage, de servitude, sur des actes authentiques, sur des conventions privées : ceux-là ressortissent, selon le droit commun, aux tribunaux ordinaires, devant la décision desquels l'administration doit surseoir.

Au reste, l'autorisation accordée, malgré l'opposition fondée sur ces motifs, n'empêcherait pas la partie intéressée de s'adresser aux tribunaux ordinaires pour faire reconnaître et respecter ses droits.

Quand la réclamation du tiers opposant ne vise que certains effets préjudiciables, qu'il signale comme la conséquence inévitable de l'établissement sollicité, tels que, l'inondation d'un fonds ou d'un chemin, l'altération des avantages que les riverains retirent de l'emploi des eaux pour l'irrigation, la diminution de la force motrice d'une usine préexistante, etc..., alors, l'opposition est basée sur le régime général des rivières, que l'administration doit fixer, de façon à concilier tous les intérêts. Elle se lie étroitement à la police des eaux et ressortit à l'administration.

L'administration doit prendre en considération les préjudices matériels occasionnés par l'établissement de la nouvelle usine aux autres propriétés; mais elle ne peut faire entrer en ligne de compte les considérations industrielles et commerciales. Ainsi, elle devra rejeter les réclamations suscitées par la rivalité, ou motivées sur une diminution hypothétique de gain, par suite de la concurrence. Le préfet n'a pas à s'immiscer dans l'appréciation des questions individuelles, ni à se prêter à des tentatives de monopole : admettre des considérations de concurrence, ce serait violer le principe de la liberté de

l'industrie, et méconnaître la mission que la loi donne à l'administration.

Terminons la matière des oppositions, en disant quelques mots des demandes faites en concurrence. Il peut arriver que l'administration soit saisie à la fois, et pour le même cours d'eau, de deux ou plusieurs demandes en autorisation, de nature à s'exclure réciproquement. Pour de pareils cas, il n'existe aucune règle particulière et absolue, qui puisse guider l'administration au milieu de ces prétentions rivales, et qui doive lui faire accorder la préférence à l'une plutôt qu'à l'autre. Ici, le choix n'est et ne doit être dicté que par des considérations d'équité et de convenance, livrées à son appréciation libre et souveraine. On prendra en considération, soit la priorité de la demande, soit les garanties personnelles que les demandeurs peuvent offrir, pour l'accomplissement des conditions à observer. On examinera aussi quel est celui des projets qui soulève le moins d'oppositions.

Recours contre l'ordonnance de refus.

Comme on ne peut faire modifier, par voie contentieuse, des mesures de police administrative, le demandeur en autorisation de nouvelle usine, dont la pétition est rejetée par l'administration, ne peut, en général, se pourvoir par voie contentieuse : car, c'est par des motifs d'utilité publique que sa demande a été rejetée. Il en est de même si la demande n'a été admise que moyennant certaines conditions déterminées par des considérations d'intérêt public, mais dont le concessionnaire méconnaît l'opportunité ⁽¹⁾.

(1) C. d'État, 22 mars 1866 (Laffargue), 3 février 1859 (Vaussard).

Dans ces deux cas, il ne peut que s'adresser à l'administration elle-même, et par voie gracieuse, pour lui soumettre ses réclamations. Si les motifs du rejet étaient déduits de l'intérêt privé d'un autre riverain, ou de prétendus droits acquis qu'un opposant ferait valoir, l'opposition devant le Conseil d'État serait recevable, puisqu'il s'agirait réellement d'un débat de droits et d'intérêts privés en conflit.

*Effets de l'autorisation administrative par rapport
aux tiers.*

Tout d'abord, les tiers peuvent être lésés, sans que l'usinier se soit écarté des limites et des conditions posées à son exploitation : si, par exemple, en dépit des précautions prises pour la fixation du point d'eau, les terres environnantes sont exposées à des inondations plus ou moins fréquentes; l'usinier même autorisé, est garant du dommage causé, et peut être condamné à des dommages-intérêts par les tribunaux. En effet, l'administration chargée de sauvegarder l'intérêt général, n'a point mission de régler les droits et les intérêts privés. Elle ne saurait, par une permission, soustraire le concessionnaire, dans ses rapports avec les tiers, à l'obligation de réparer le préjudice qu'il leur causerait par sa faute (art. 1382). Déjà, dans les anciennes chartes de concession, se trouvait cette clause : *sauf notre droit en autre chose, et le droit d'autrui en toutes*. Les concessions ou permissions modernes pour prises d'eau ou travaux hydrauliques, ont coutume également de réserver les droits des tiers; et, lors même que cette réserve n'y serait pas formelle-

ment exprimée, elle y est implicitement contenue : elle résulte de la nature même des choses.

Lorsque la partie intéressée à s'opposer à la création d'une usine a laissé passer les délais de l'opposition sans protester, elle a la voie de recours au Conseil d'État, et il sera statué sur sa réclamation par un décret rendu sur l'avis de la section des travaux publics (art. 6, 20, loi 21-25 août 1872). Mais si l'opposition a lieu après l'autorisation, et qu'elle soit la reproduction d'une opposition déjà formée pendant l'enquête et rejetée par l'arrêté, l'opposant ne peut plus agir devant le Conseil d'État, il n'a plus que la voie gracieuse. Les arrêtés préfectoraux qui ont autorisé une usine ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse que pour cause d'excès de pouvoir.

L'excès de pouvoir résultera d'abord de l'inobservation des formalités de publicité et d'enquête. Ces formalités, protectrices des intérêts particuliers, s'imposent aux préfets, bien qu'elles n'aient été prescrites que par des instructions ministérielles (*Jurisprudence constante du Conseil d'État*).

L'arrêté préfectoral peut aussi être annulé, pour excès de pouvoir, quand il a réglé l'usage des eaux, en s'inspirant d'intérêts purement privés. Les mesures de réglementation, arrêtées par le préfet, ne peuvent être que des dispositions générales, applicables à tous les riverains d'un cours d'eau ou de telle portion d'un cours d'eau. Le pouvoir d'autoriser une usine ou un barrage ne lui a été confié, que dans un intérêt de police, pour prévenir les inondations et autres inconvénients généraux. Par conséquent, le préfet dépasse ses pouvoirs, lorsque le règlement particulier qu'il donne à une usine hydraulique, au lieu d'avoir pour but cet intérêt de

police, n'est, en réalité, que la solution administrative d'un débat entre deux riverains qui se disputent la jouissance de l'eau (1). « Ainsi, lorsque l'administration, sur la demande d'un usinier ou d'un propriétaire de prairies, modifie les ouvrages d'une autre usine supérieure ou inférieure, ou d'une prise d'irrigation, celui dont la situation a été troublée, pour satisfaire les intérêts de son voisin, a un droit de recours devant le Conseil d'État : et si le Conseil trouve, dans les visas de l'arrêté du préfet ou des motifs de sa décision, la preuve que le préfet a entendu trancher une question d'intérêt privé, il annule l'arrêté du préfet, comme entaché d'excès de pouvoir (2). »

Les recours pour excès de pouvoir formés dans ces circonstances peuvent être soumis au Conseil d'État, *omisso medio*, conformément à la règle générale établie par la loi des 7-14 octobre 1790. L'acte entaché d'excès de pouvoir est annulé purement et simplement par le Conseil d'État.

En dehors des cas d'excès de pouvoir, l'arrêté préfectoral, qui a autorisé et réglé une usine hydraulique, n'est pas susceptible de recours par la voie contentieuse. La loi du 28 septembre 1791, en chargeant l'administration de veiller à la police et à la conservation des rivières, d'autoriser les usines et les barrages, lui a confié l'appréciation discrétionnaire des inconvénients qui pourraient résulter de nouveaux établissements sur le cours d'eau, et des mesures à prescrire. Aucun texte de loi n'a réservé de recours contre la décision émise. Les parties

(1) C. d'État, 6 mai 1848 (duc de Luynes), 23 décembre 1858 (Cornet d'Iseux), 14 mars 1861 (Duleau), 24 juin 1868 (de Rosambo).

(2) V. un rapport de M. Aucoc (Sirey, 1867. 2. 248).

intéressées peuvent seulement déférer l'arrêté pris par le préfet, à son chef hiérarchique, au ministre des travaux publics, et en solliciter la réformation; ils peuvent également, par la voie gracieuse, demander la révision de l'arrêté, à l'autorité dont il émane.

Lorsque les particuliers se plaignent du préjudice causé à leurs propriétés, par le voisinage de l'usine autorisée, ils obtiennent du tribunal des dommages-intérêts. Pour obtenir le retrait ou la modification de l'autorisation, ils doivent, nous venons de le voir, s'adresser à l'autorité administrative. Cependant les tribunaux auront le pouvoir d'ordonner la suppression des travaux et le rétablissement des lieux dans leur état primitif, lorsque les réclamants invoqueront des droits formels et préexistants qui s'opposent à l'établissement des travaux autorisés. Ainsi, si l'administration permet d'établir un barrage, sans que le pétitionnaire ait suffisamment justifié son droit de propriété sur le terrain, les juges pourraient très-bien, à la requête du véritable propriétaire, ordonner la suppression des travaux autorisés ⁽¹⁾. Il n'existe, en ce cas, aucun conflit possible avec le pouvoir administratif, qui n'a rien accordé en ce qui touche les fonds des droits (qu'il a réservés au contraire), et qui n'a rien ordonné sur son initiative. L'autorisation administrative reste telle qu'elle est, insuffisante sans doute, mais capable de produire son effet, quand l'obstacle de droit aura disparu.

(1) Il en serait de même si le riverain jouit d'un droit de servitude inconciliable avec les travaux entrepris, ou si le pétitionnaire a promis, par une convention particulière, de ne modifier en rien le cours de la rivière, et spécialement de ne point en élever le niveau, ou, si en vendant auparavant son usine, il s'est engagé à ne pas en ériger une autre dans un certain rayon.

Cette doctrine a été consacrée par de nouveaux jugements et arrêts. Quelqu'un s'est fait autoriser à élever un barrage pour prise d'eau destinée à l'alimentation d'un lavoir. Actionné judiciairement par un voisin, pour avoir dépassé la hauteur fixée, il transige avec lui et s'engage à réduire le barrage au niveau prescrit, et à l'y maintenir invariablement par la suite. Malgré cette convention, il obtient permission administrative de surélever son barrage. Le tribunal peut et doit, sur la plainte du voisin, ordonner la réduction du barrage à la hauteur convenue (Pau, 7 juillet 1872) ⁽¹⁾.

L'article 645 semble contredire cette doctrine par sa disposition finale. Il paraît, en effet, difficile de concilier les dernières lignes du texte : *dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux doivent être observés*, avec la faculté qu'auraient les tribunaux de supprimer et de modifier les usines autorisées.

Cependant la conciliation est facile et a été très nettement indiquée dans l'arrêt de la Cour de Pau ci-dessus rappelé : il faut distinguer les dispositions de l'administration qui ont un caractère impératif, et celles qui constituent de simples facultés. A la première classe appartiennent les règlements qui déterminent, pour tous les riverains d'une rivière, la répartition et le mode d'emploi des eaux : c'est à ces règlements collectifs que les tribunaux sont tenus de conformer leurs décisions. Les tribunaux doivent respecter l'économie générale des règles établies par l'administration, quand même l'application de ces règles porterait atteinte aux droits antérieurs les

(1) Cass., 15 février 1860; 18 avril 1866; 22 janvier 1868; 14 mars 1870; 16 avril 1873; 29 juillet 1879 (Sirey, 1880. 4. 172); Conseil d'État, 7 mai 1871 (Dall., 72. 3. 43).

mieux fondés. Même dans l'acte individuel qui autorise chaque usine, il y a aussi des dispositions impératives : par exemple, celles concernant les ouvrages régulateurs, etc..... Mais la construction même de l'usine n'est nullement ordonnée par l'administration : l'acte d'autorisation ne confère au permissionnaire qu'une simple faculté dont il use à ses risques et périls; ici les tribunaux civils reprennent toute leur plénitude de juridiction : ils peuvent réprimer pour le passé, et interdire pour l'avenir l'exécution des travaux, dans les points préjudiciables aux droits des tiers.

Conditions à imposer aux usines.

Nous ne pouvons entrer ici dans les détails techniques de la réglementation hydraulique des usines, ni faire la description des ouvrages régulateurs dont l'administration prescrit les diverses conditions. Quelques observations générales suffiront (V. Violet, *Contentieux des usines hydrauliques*).

L'usine nouvelle doit être construite, de façon à ne pas entraver l'exercice, ni troubler la possession des usines anciennes qui ont la priorité de construction, et à ne causer aucune lésion aux riverains. D'où il résulte que le régime d'une usine doit consister essentiellement dans la disposition d'ouvrages régulateurs (repères, déversoirs, vannes motrices, vannes de décharge, etc.....), combinés dans le double but de procurer à l'usinièr, un niveau à peu près identique de sa retenue d'eau, et aux propriétaires d'amont ou d'aval, un débouché constant qui prévient le reflux des eaux, les inondations et qui assure l'écoule-

ment des eaux, sans intermittence dans leur cours et leur volume.

Pour les propriétaires inférieurs, il faut que les eaux soient rendues à leur cours ordinaire, qu'un égal volume arrive constamment en aval. Avec un déversoir libre, avec des vannes de décharge, qui doivent être levées, quand l'eau tend à dépasser le repère, avec des vannes de chômage attachées par une bascule à la vanne motrice, la dépense des eaux est régularisée dans l'intérêt des propriétaires supérieurs et inférieurs.

A l'égard des propriétaires supérieurs, la limite de la retenue doit être fixée, soit par le niveau des terres riveraines qu'il ne faut pas inonder, soit par la position des roues de l'usine supérieure, sous laquelle ne doit pas se produire de remous. Il fallait également protéger les terres riveraines. Pour cela, il faut que le niveau des eaux soit fixé à quelque distance, en dessous des rives naturelles, qu'il y ait entre la rive et la ligne des eaux assez de distance pour que l'égouttement soit facile : distance que les ingénieurs fixent ordinairement à huit centimètres.

Le niveau de la retenue est fixé, pour chaque usine, par l'arrêté préfectoral qui en autorise la construction. Mais fixer la hauteur des eaux, une fois pour toutes, sans laisser de signe de l'acte administratif, ce serait, on le conçoit, une mesure insignifiante et sans sanction possible. Aussi, la hauteur des eaux est-elle déterminée par un repère qu'on peut aisément consulter et sur lequel il est facile de constater les contraventions.

Lorsque plusieurs usines hydrauliques sont échelonnées sur un cours d'eau, il arrive d'ordinaire que le repère d'amont sert de repère d'aval à l'usine placée au-dessus

sur le cours d'eau; et, si les eaux excèdent le niveau du repère, le propriétaire de cette dernière usine peut faire dresser procès-verbal de la contravention, et poursuivre son voisin devant les tribunaux.

Les eaux doivent courir sans interruption pour l'utilité de tous. Il en résulte qu'en général, les usines ne doivent pas marcher par éclusées, c'est-à-dire avec des alternatives de chômage et d'activité. Il existe cependant quelques exceptions où cette manœuvre est permise. Sur les cours d'eau sujets à des étiages prolongés, surtout dans les temps de sécheresse, la réduction de la force motrice étant très considérable, il y a des usines qui ne peuvent en admettre le fractionnement : il leur est permis de faire biez et de marcher par éclusées. Cette manœuvre est encore licite quand l'usine est installée sur un étang ou sur un ruisseau dont le riverain est propriétaire exclusif, par exemple, lorsque la source naît dans son héritage.

Les pouvoirs de l'administration, en matière d'autorisation et de réglementation des droits des usiniers, sont tellement étendus, qu'on a pu dire avec vérité, qu'ils sont presque discrétionnaires. Elle peut s'opposer à la création d'une usine, ordonner sa suppression, soumettre son établissement ou son maintien, à toutes les conditions qu'elle croit devoir imposer, à la seule condition qu'elle ait en vue, non pas les intérêts particuliers de telle ou telle personne, mais les intérêts généraux dont la protection lui est confiée.

Ces principes résultent de la circulaire ministérielle du 23 octobre 1851 et de la jurisprudence constante du Conseil d'État. Ainsi, l'administration peut fixer le niveau de la retenue de l'usine, déterminer le mode de construc-

tion, la position, les dimensions des ouvrages de prise d'eau, des réservoirs régulateurs, de la chute, des ouvrages de décharge, et même, par exception, des vannes motrices.

Exploitation des usines.

Nous venons de voir combien sont étendus les pouvoirs de l'administration, en ce qui concerne l'intérêt général, la police et la répartition des eaux. Ces pouvoirs s'arrêtent à la limite même qui sépare l'intérêt général de l'intérêt privé. La manière d'utiliser la force motrice n'est plus du ressort de l'administration, et tous les ouvrages qui ont pour objet direct cette utilisation, échappent à l'action de l'autorité administrative.

Ainsi, sauf les dispositions spéciales qui concernent certains établissements, par exemple, les établissements insalubres, l'administration, lorsqu'elle accorde une permission d'usine sur ces cours d'eau, ne réglemente que le régime de l'usage des eaux : elle ne réglemente pas l'industrie. Le principe contraire ne serait pas seulement erroné en droit, dans l'état actuel de notre législation ; il reposerait en outre sur une doctrine non moins erronée, non moins funeste, en économie politique et en administration.

Posons donc en principe qu'une fois que le régime hydraulique d'une usine est fixé, l'usinier demeure maître et libre chez lui. Ainsi, le mécanisme intérieur, les dispositions du coursier, du moteur hydraulique, la chute d'eau, la destination de l'usine, et même, dans la plupart des cas, la transmission des eaux en aval, tout cela ne saurait tomber sous le coup de l'administration. Toutefois, comme

elle a le droit incontestable de vérifier l'observation de ses prescriptions, ses agents peuvent pénétrer à cet effet, dans le fonds où est située l'usine (Cass., 19 juin 1863, de Conegliano; 25 février 1864, Arson).

La régularité dans la transmission des eaux est, nous l'avons vu, une loi impérieuse pour le riverain supérieur, et dont il ne peut s'écarter que dans des cas exceptionnels. Ainsi, lorsque les eaux diminuent et n'atteignent plus, dans le bief, le niveau du repère, il est bien permis à l'usinier de compenser la diminution du volume alimentaire par l'exhaussement de la chute, et de maintenir, autant que possible, sa force motrice, pourvu qu'il ne dépasse pas la limite légale déterminée par le repère. Mais ce procédé doit être mis à exécution, avec certains ménagements, parce qu'une intermittence dans le cours des eaux pourrait nuire aux usines en aval. Aujourd'hui, le règlement de chaque usine portant que la crête du déversoir et des vannes de décharge sera établie au même niveau que le repère, arrasée au repère, toutes les fois que l'eau, par une circonstance quelconque, vient à passer sur les vannes ou sur le déversoir, l'usinier est en contravention.

En cas d'une augmentation extraordinaire et subite du volume de la rivière, si le propriétaire de l'usine avait levé toutes ses vannes, s'il s'était conformé à toutes les prescriptions nécessaires à l'intérêt commun, et que néanmoins ses voisins aient éprouvé un dommage, il n'en doit pas être responsable. Il en serait autrement si quelque faute lui était imputable, par exemple, s'il n'avait pas curé son bief. Cette distinction est faite par d'Argentré, sur l'article 536 de la coutume de Bretagne : « *Si par moulins est fait dommage à autrui, ceux à qui appar-*

tiennent lesdits moulins n'en sont tenus, s'ils ne sont en coulpe. »

Pendant les jours fixés par les règlements pour l'irrigation, les usiniers ne sont pas obligés de mettre leurs établissements en chômage. En marchant, ils ne nuisent ni aux propriétaires supérieurs, puisqu'ils n'emploient l'eau qu'après eux, ni aux inférieurs à qui ils la rendent, à la sortie de leur fonds. De même, ils ne sont nullement tenus de fermer leurs vannes, ces jours-là, pour contenir les eaux, et les élever à la hauteur du seuil des rigoles d'arrosement : c'est aux propriétaires de prairies de pourvoir aux voies et moyens d'irrigation. Toutefois, quand la création de l'usine a changé les conditions d'écoulement des eaux, a fait baisser le niveau de l'eau qui alimentait les rigoles, les tribunaux pourront ordonner que le propriétaire de l'usine ferme ses vannes, pour élever l'eau au-dessus du niveau des canaux d'arrosement.

Il arrive quelquefois que des difficultés s'élèvent entre le fermier d'une usine hydraulique et son bailleur, le premier demandant soit la résiliation, soit une diminution de prix du bail, par cette raison que l'abaissement naturel des eaux l'empêche de marcher. Avant tout, il faut consulter les clauses du bail. Si les cas fortuits ont été mis à la charge du locataire, cette clause ne doit s'entendre que des cas fortuits ordinaires, et non d'une sécheresse inouïe dans le pays, et le preneur ne supporterait un cas fortuit de cette espèce, qu'autant que la convention l'aurait chargé des cas fortuits et imprévus (art. 1773 Code civ.).

Si une certaine force d'eau a été garantie au locataire, et s'il peut prouver que son bailleur ne la lui a pas livrée, la responsabilité de celui-ci sera engagée.

Si, lors du bail, il n'a été rien dit de spécial, si l'on s'en est référé aux principes généraux; si, d'autre part, le cours d'eau n'est pas sujet à des variations fréquentes, le locataire pourra demander une diminution de loyer ou la résiliation du bail, lorsque, par suite d'une baisse inaccoutumée, le volume de la rivière ne suffit plus à la marche régulière de l'usine.

A l'appui de cette décision, on peut citer l'article 1772 qui met les cas fortuits à la charge du propriétaire, dans le silence des parties. L'article, il est vrai, est sous la rubrique des *baux à ferme*. Mais c'est l'application d'un principe général qui doit régler le sort de tous les baux. Le prix du loyer est la représentation de la jouissance du fermier, et le bailleur ne peut y prétendre qu'autant qu'il a rempli son obligation de faire jouir. Le contrat serait, dans l'espèce, résolu à défaut de la condition sous laquelle le preneur s'était engagé à payer le prix de sa location ⁽¹⁾.

Nous avons reconnu aux riverains le droit de disposer de la pente, et par conséquent, de toutes les manières, par vente ou autrement.

Des difficultés assez graves peuvent s'élever sur l'interprétation de la volonté des parties. Quand, par exemple, la force motrice est évaluée par force de cheval, et que les parties ne se sont pas autrement expliquées sur la manière d'évaluer cette force, quelques règles sont à suivre. Et d'abord, on entend généralement, par force de cheval ou cheval-vapeur, une puissance qui élève par seconde 75 kilogr. à un mètre de hauteur. La force motrice d'une usine doit s'évaluer, la rivière étant dans

(1) Pothier, *vº Louage*, n^{os} 139 et suiv.

son état normal, et l'eau arrasant le niveau du déversoir et la crête des vannes de décharge. Mais il faut faire une distinction entre la force théorique et la force pratique. Pour obtenir la mesure de la seconde, il faut tenir compte des frottements et des pertes d'eau; d'où il résulte que la force théorique est toujours plus grande que la force réelle. Cela dit, s'il s'agit d'une vente par laquelle le propriétaire d'un terrain traversé par un cours d'eau garantit que le volume et la pente de l'eau constituent une force de 50 chevaux, il nous paraît que le vendeur aura accompli son obligation, si le cours d'eau présente une force théorique de 50.

Dans les ventes de ce genre, il est également important de déterminer si la force livrée par le propriétaire doit être évaluée sur la roue même, ou à l'entrée des ateliers du locataire, c'est-à-dire à raison de l'effet utile qu'elle produit pour celui-ci (1).

Modifications, rétablissement des usines.

Lorsqu'il s'agit de faire, à une usine légalement existante, des modifications qui changent le mode d'emploi des eaux, il faut une nouvelle autorisation précédée des mêmes formalités que pour l'établissement même des usines. Mais, tant que le propriétaire d'une usine ne change rien aux dispositions essentielles consignées dans l'ordonnance de concession, il peut pratiquer, soit par voie d'amélioration, soit par voie de réparation, tous les

(1) Sur tous ces points, voy. Viollet, *Contentieux des usines hydrauliques*; Dalloz, v^o *Usines*.

travaux qu'il juge utiles et convenables; et, dans ce cas, l'intervention de l'administration n'est pas nécessaire.

Si une usine autorisée a été détruite par quelque circonstance de force majeure, il n'est pas besoin, pour la reconstruire, d'une nouvelle autorisation quand le propriétaire entend se renfermer, en tous points, dans les dispositions essentielles de l'ancienne ordonnance.

Révocation, modifications de l'autorisation.

L'administration a le droit de modifier et de révoquer les actes d'autorisation. Ce droit est une conséquence régulière du pouvoir réglementaire qui lui a été confié, dans le but de faire céder l'intérêt privé aux nécessités de l'intérêt public. Il s'ensuit que les permissions peuvent être révoquées ou modifiées soit dans l'intérêt de la salubrité et de la sûreté publiques, soit pour prévenir ou faire cesser les inondations, soit enfin dans le cas d'une réglementation générale des cours d'eau (V. *Compétence*). Elle peut imposer des conditions nouvelles, ordonner des changements, et même ordonner la suppression complète de l'usine. Dans l'exercice de ce droit, elle ne trouverait d'obstacle ni dans la possession même immémoriale de l'état de choses qu'elle fait cesser, ni dans l'antiquité où l'origine du titre, sur lequel cet état de choses repose (C. d'Et., 2 mai 1845, 9 juin 1842, 21 avril 1848, 19 avril 1855). Toutefois, pour que l'administration exerce ce pouvoir, il faut que l'intérêt invoqué rentre bien dans la catégorie des matières de police, ou qu'il réunisse les caractères soit d'une nécessité publique, soit de l'un de ces intérêts collectifs dont le règlement lui est confié :

enfin, que ces mesures répondent bien au but indiqué pour les justifier. L'arrêt de révocation ou de modification est, du reste, pris après enquête et en conseil de préfecture.

Dans tous ces cas, les permissions sont révoquées ou modifiées sans indemnité. Nul n'a le droit d'user de sa propriété, de manière à ce que cet usage soit une menace perpétuelle pour le public. La cessation d'un tel état de choses n'est pas une dépossession, puisque cet état, par cela seul qu'il offre un péril, ne saurait constituer un droit. Le droit du riverain est, en effet, soumis *ab initio*, quant à son exercice, à la condition de ne pas devenir une cause de calamité publique : s'il est démontré que les constructions autorisées ont une telle conséquence, le propriétaire ne peut évidemment se plaindre du tort que leur suppression lui cause.

*Dommages et chômages occasionnés par les travaux
d'utilité publique.*

Lorsqu'il s'agit de dommages causés aux propriétaires riverains, par suite de l'exécution de travaux publics, l'intérêt qui est en jeu commande sans doute le sacrifice du droit privé, en ce sens que la constatation de l'utilité publique aura pour conséquence, de rendre légitime l'atteinte portée aux droits acquis. Il y a un intérêt assez puissant pour justifier le sacrifice du droit privé, mais qui ne fait pas que ce droit n'a pas existé antérieurement dans toute sa plénitude. La réparation du préjudice causé est donc ici indispensable. Les droits des usiniers sont alors vis-à-vis de l'État et de ses représentants, protégés

par la loi du 16 septembre 1807, et l'indemnité est de règle pour chômages, suppression et dommages quelconques (L. 16 sept. 1807, art. 48).

Avant d'aborder les difficultés relatives au principe de l'indemnité en lui-même et la manière de la calculer, il faut tout d'abord poser en règle que les travaux d'utilité publique qui donnent lieu à l'application de cette disposition sont ceux-là seuls qui changent l'état du cours d'eau, en vue d'amélioration : « Lorsque, y est-il dit, pour exécuter un dessèchement, l'ouverture d'une nouvelle navigation, un pont, etc..... » Tel ne serait pas, par exemple, la nature de travaux de curage pur et simple, et d'entretien effectués ou prescrits par l'administration. Ces travaux ne changent rien d'ordinaire à l'état des choses antérieur : ils le conservent.

En outre, les dommages qui résultent de ces travaux doivent être : 1° *matériels*, c'est-à-dire atteindre les droits exercés sur les cours d'eau dans leur substance même. Il faut, en second lieu, que ces dommages soient *directs*, c'est-à-dire qu'ils aient pour cause immédiate et unique les travaux exécutés; autrement il ne serait dû aucune indemnité (Conseil d'État, 20 juillet 1836, Klein).

Les travaux d'utilité publique peuvent exiger la suppression des bâtiments et des édifices destinés à l'exploitation de l'industrie : c'est un véritable cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. La suppression par cette voie aura lieu toutes les fois que pour rendre une rivière navigable, établir un canal, etc., on expropriera matériellement et directement une usine, comme tout autre immeuble. L'indemnité sera réglée conformément à la loi du 3 mai 1841, par le jury d'expropriation.

Mais l'utilité publique peut, en cas de travaux, exiger

seulement la démolition des constructions hydrauliques et des travaux d'art, la suppression des dérivations et des forces motrices seules. Alors se présente une question très importante et très débattue que l'on peut formuler ainsi : *la suppression complète de la force motrice d'une usine constitue-t-elle une expropriation, ou seulement un simple dommage de la compétence exclusive de l'autorité administrative?*

La jurisprudence du Conseil d'État a varié sur ce point. Pendant longtemps, ce Conseil a décidé que la suppression totale ou partielle de la force motrice constitue une véritable expropriation, et que dès lors l'indemnité due à l'usinier doit être réglée par les tribunaux ⁽¹⁾. Mais depuis, le Conseil d'État a posé en principe que les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833, et 3 mai 1841 n'ont enlevé à la juridiction administrative que la connaissance des contestations relatives à l'expropriation totale ou partielle des immeubles; et il en a conclu, que les chutes et prises d'eau utilisées par les riverains ne constituant pas une propriété privée, et surtout une propriété immobilière, la suppression ou la diminution de la force motrice qu'elles procurent aux riverains a les caractères d'un simple dommage, dont l'appréciation appartient exclusivement à l'administration, selon les lois du 28 pluviôse an VIII, et du 16 septembre 1807, article 48 ⁽²⁾.

La Cour de cassation, contrairement à la jurisprudence

(1) C. d'Ét., 17 août 1825; 5 mai 1830; 17 avril 1834; 18 avril 1835.

(2) C. d'Ét., 17 mai 1844; 18 nov. 1850; 28 nov. 1850; 13 août 1851; 30 mars 1852; 27 août 1857; 28 mai 1852.

du Conseil d'État, a décidé pendant longtemps, que les lois des 28 pluviôse an VIII et 16 septembre 1807 devaient être restreintes, dans leur application, au cas où il y avait seulement dommage temporaire, variable, résultant du chômage pendant l'exécution des travaux d'utilité publique et, s'appuyant sur la loi de 1810, elle a revendiqué exclusivement pour les tribunaux civils la connaissance des cas où il s'agissait de dommages permanents, regardant les dommages de cette nature comme équivalant à une expropriation. Cette doctrine paraît très soutenable; le dommage permanent entraîne, en effet, des conséquences graves pour la propriété; la modification qu'il apporte à la jouissance, ayant un caractère de perpétuité, le droit du propriétaire n'est plus complet. Ce droit est attaqué dans son principe, et le dommage qu'il souffre est aussi réel que celui qui résulterait de l'occupation de tout ou partie de la propriété, ou de l'établissement d'une servitude. Cette thèse a, du reste, été soutenue par nos meilleurs auteurs, notamment par Nadault de Buffon (t. II, p. 161).

Il ne faut pas restreindre, comme le dit avec tant de justesse cet auteur, l'application de la loi du 8 mars 1810, au cas seulement d'expropriation proprement dite, c'est-à-dire au cas où l'administration s'emparerait de l'immeuble; il faut étendre son application à ces cas intermédiaires, entre le simple dommage momentané et l'expropriation proprement dite, tels, par exemple, une moins-value résultant de dépréciation ou de dommages permanents. Ces cas présentent, en effet, une expropriation partielle, quant au propriétaire de l'immeuble, qui, sans perdre le sol, est du moins pour toujours privé d'une partie de revenu qui est pour lui la représentation du

fonds (1). Mais la Cour de cassation a depuis modifié sa jurisprudence et l'a fixée dans le même sens que celle du Conseil d'État (2).

Pour décider cette question, reportons-nous aux principes de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Pour qu'il y ait expropriation, il faut qu'il y ait substitution d'un propriétaire à un autre, soit pour la totalité, soit pour une portion de l'héritage : il s'agit donc de savoir si par la suppression totale ou partielle d'une usine sur ces cours d'eau, une propriété immobilière est transférée du domaine privé dans le domaine public. La question se ramène donc à celle-ci : Les cours d'eau, leur pente, leur volume et leur poids constituent-ils une propriété privée, dans le sens légal de ces mots ? Nous l'avons admis, et par voie de conséquence rigoureuse de ce principe, nous devons appliquer ici les règles de l'expropriation : on ne peut donc enlever tout ou partie de ces propriétés des mains des détenteurs qu'en vertu des lois, qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique ; la matière est de la compétence de l'autorité judiciaire.

Cette solution nous semble encore confirmée par l'observation suivante : Dans la situation de l'usinier, il y a quelque chose de plus que dans la seule qualité de riverain ; il y a l'emmagasinement de la force motrice, les travaux exécutés dans la rivière ; l'eau domptée et asservie, l'action de l'homme s'exerçant ainsi sur la nature brute et la pliant à son utilité particulière, enfin une valeur créée par son travail et son intelligence, sources ordinaires et

(1) En ce sens : Dubreuil, t. II, p. 390 ; Garnier, t. IV, n° 4462 ; Daviel, t. I, p. 434.

(2) Cass., 25 janvier 1869 (Duvivier).

légitimes du droit de propriété ⁽¹⁾. Le système consacré par la jurisprudence nous amène à étudier une autre question. Lorsque l'usiner subit, outre la privation de sa force motrice, l'expropriation de l'immeuble juxtaposé au cours d'eau, comment doit se régler la compétence pour la fixation de l'indemnité? Trois systèmes sont possibles en théorie.

1° La compétence administrative doit être admise pour le tout, pour le règlement de l'indemnité due pour les bâtiments détruits, comme pour la force motrice supprimée.

2° On renverrait le tout devant le jury d'expropriation, en considérant l'indemnité applicable à la force motrice comme un accessoire au règlement de l'indemnité à payer pour l'acquisition de l'emplacement et des bâtiments.

3° Enfin, le troisième système consiste à diviser la question d'indemnité, à retenir pour l'autorité administrative, pour le conseil de préfecture, la connaissance de l'indemnité applicable à la force motrice, et à renvoyer devant le jury la connaissance de l'indemnité due pour la suppression des bâtiments ⁽²⁾.

Nous repoussons *de plano* le premier système, parce qu'il y a là un véritable cas d'expropriation; il ne s'agit pas seulement d'une simple dépréciation; il y a destruction du bâtiment lui-même.

Le troisième système a contre lui les difficultés qui ne manqueraient pas de surgir, si cette double action en in-

(1) Voy. en sens contraire : Husson, *Traité des travaux publics*, p. 343 et suiv.; Jousselin, *Revue critique*, 1852, p. 25.

(2) C. d'État, 28 mai 1852; Rec. Lebon, p. 196; 27 août 1857, p. 696.

demnité était portée devant des juges différents et soumise à des expertises séparées.

Le deuxième est le mieux fondé. En effet, la question d'indemnité nous semble ici indivisible de sa nature. Comment soumettre à deux juridictions différentes, une question d'indemnité dont les éléments sont étroitement liés ensemble. Comment apprécier, d'une part, l'indemnité pour les bâtiments; d'autre part, l'indemnité pour la force motrice. Tous ces éléments contribuent à fournir le revenu qui est lui-même la vraie base de l'indemnité. Une usine est un tout. Lorsqu'elle est supprimée en totalité, il y a une indemnité à payer pour le tout.

Il en est du cas où les bâtiments avec la force motrice sont supprimés, comme de celui où le locataire est exproprié avec le locataire : le droit de bail, qui seul ne donnerait lieu qu'à une action en dommage de la compétence du conseil de préfecture, rentre alors, par l'enlèvement de la propriété, dans la compétence du jury.

Le jury doit toutefois, en faisant l'évaluation de l'établissement exproprié, diviser l'indemnité par portions, et fixer tant pour l'immeuble proprement dit, tant pour les forces motrices. La raison en est que cette dernière portion de l'indemnité n'est pas acquise de plein droit à l'usinier : elle ne doit lui être payée qu'autant qu'il justifie ensuite du titre légal que son usine peut avoir à l'indemnité (1).

Droit à l'indemnité. — Le droit à l'indemnité est subordonné à une condition : il faut que l'usine ait un titre légal. Ainsi, pour les établissements qui ont une existence ancienne, il suffira de prouver qu'ils ont été construits

(1) C. d'Ét., 21 juillet 1853 (Brest); Rec. Lebon, p. 754.

avant la loi des 28 septembre-6 octobre 1791. Pour les autres, c'est-à-dire ceux qui ont été créés plus tard, les propriétaires doivent commencer par prouver que l'établissement de leur usine, de leur barrage, a reçu l'agrément de l'autorité : cette preuve une fois faite, le droit à l'indemnité est incontestable. Pour éviter de payer cette indemnité, l'administration introduisait souvent dans les permissions, la réserve d'ordonner plus tard la suppression de l'usine, sans indemnité, toutes les fois qu'elle serait exigée par l'intérêt général. On raisonnait ainsi : l'administration pourrait refuser l'autorisation ; donc elle peut mettre à son autorisation telle condition qu'il lui plaît de fixer. C'était là, croyons-nous, une fausse application de la maxime : *Qui peut le plus peut le moins*.

Il n'est pas vrai d'ailleurs que l'administration puisse refuser à son gré cette autorisation : elle ne doit pas, elle ne peut pas prononcer ce refus, si nulle raison de police ne le motive. La base du droit de l'arrosant et de l'usiner n'est pas, en effet, dans la permission qu'il obtiendra : elle est dans sa qualité de riverain. C'est ce qu'admettent tous les auteurs, quel que soit d'ailleurs leur système sur la propriété des eaux. Droit de propriété ou d'usage, il existe entre les mains des riverains des petits cours d'eau, autre chose qu'une pure éventualité, qu'une pure aptitude à recevoir des concessions discrétionnaires ⁽¹⁾.

En outre, si l'on admettait que le droit d'accorder des autorisations implique le droit d'y insérer toutes les clauses qu'on veut, même la clause fiscale de suppression sans indemnité, on serait conduit à des conséquences inacceptables. Pourquoi l'administration n'insérerait-elle

(1) V. rapport de Leviez, Rec. Lebon, 1860, p. 437.

pas cette clause dans les permissions relatives à l'établissement des usines incommodes et insalubres ? Pourquoi, en donnant des alignements, ne stipulerait-elle pas, que la destruction des maisons pourrait être ordonnée, sans indemnité, toutes les fois qu'on éprouverait le besoin d'élargir la voie publique ?

Il est donc dû indemnité aux propriétaires, malgré la clause en question. Aucune loi ne l'autorise ; et elle doit être réputée non écrite : car, ce qui est établi contre la loi n'existe pas : un abus de pouvoir ne peut engendrer de droit.

La pratique administrative a plusieurs fois varié à cet égard. Jusqu'en 1841, la clause n'avait pas été mise en exécution, elle était regardée comme comminatoire. En 1841, l'administration recommença à insérer la clause de non-indemnité, d'après un avis du Conseil d'État du 21 juillet 1841. Cet avis énonçait que la clause de non-indemnité devait toujours être insérée, et que, lorsqu'on ne l'insérerait pas, le principe dont elle dérive n'en produirait pas moins ses effets, attendu que, les riverains n'ayant pas la propriété des cours d'eau non navigables ni flottables, l'administration peut toujours en disposer, à son gré, dans l'intérêt public, et sans aucun dédommagement.

Enfin en 1860, sur le rapport de Leviez, cité plus haut, le Conseil d'État a annulé, pour excès de pouvoir, la clause de non-indemnité insérée dans une autorisation, et décidé que son existence dans les titres anciens, ne ferait pas obstacle à ce que les usiniers réclament et obtiennent l'indemnité des dommages causés (1).

(1) C. d'Etat, 13 juin 1860 ; 16 août 1862 ; 20 juin 1865 ; 21 juin 1866 (Sirey, 1866. 2. 242).

Quelle est l'autorité compétente pour reconnaître la légalité des usines? — La légalité des usines établie, il nous reste à décider à qui appartient l'appréciation du titre de propriété, quelle autorité en doit déterminer la portée d'étendue.

D'après un principe général, l'autorité administrative a seule le droit d'apprécier ou d'interpréter les actes de l'administration. Mais ce droit est-il exclusif du droit qu'a l'autorité judiciaire de connaître du titre en lui-même, de déterminer l'étendue des droits que confère ce titre.

Le Conseil d'État insiste pour faire reconnaître cette exclusion, qui semble quelque peu contraire à l'esprit de la loi. Le titre de propriété, en effet, existe indépendamment de l'autorité administrative. Reconnaître à l'autorité un droit d'interprétation qui pourrait aller jusqu'à fixer le mérite et la valeur du titre de propriété, ce serait permettre la destruction du titre lui-même : car son étendue, sa force, les avantages qui lui sont attachés dépendraient de l'appréciation qu'il plairait à l'administration de lui donner. Évidemment, rien n'est moins conforme à la loi qu'un pareil système. L'empiètement sur les attributions du pouvoir judiciaire serait manifeste. L'autorité administrative doit donc s'interdire toute interprétation abusive, et s'abstenir de tout jugement sur la valeur du titre. Ce principe a été appliqué par un arrêt de cassation du 21 mai 1851. Il s'agissait de savoir si le titre de propriété s'étendait à la force motrice. Le préfet contestait et opposait l'exception d'incompétence, revendiquant pour l'administration le droit exclusif d'interprétation sur ce point. Mais la Cour rejeta cette exception. « Attendu, dit-elle, que le § 2 de l'article 48,

en prescrivant l'examen de la question, de savoir si l'établissement de l'usine est légal, et s'il est soumis à telle ou telle condition, n'a pas entendu nier la compétence attribuée par l'article 47 à l'autorité judiciaire, mais qu'il a voulu seulement poser les règles de décisions obligatoires, selon les cas, pour les tribunaux comme pour l'administration.

« Que l'appréciation du mérite et de l'effet des actes sur lesquels repose l'établissement des usines dont s'agit, constitue précisément la question du fonds, qui, en engageant la question de propriété, ne peut appartenir qu'aux tribunaux (1). »

Cette décision échappe à toute critique; elle s'appuie sur un texte formel, qui se trouve dans la loi spéciale de la matière. Cependant le Conseil d'État n'en a pas moins persisté dans une jurisprudence opposée (2).

Lorsqu'il est reconnu que l'établissement supprimé, ou qui a perdu une partie de sa force motrice a une existence légale, si le chiffre de l'indemnité offert par l'administration ne satisfait pas le propriétaire de l'usine, il sera procédé à sa fixation, par une expertise, conformément à une disposition de la loi du 16 septembre 1807, article 56.

Évaluation de l'indemnité. — Le principe de l'indemnité admis, comment doit-on calculer cette indemnité? Doit-on tenir compte de la valeur actuelle de l'usine, alors même qu'elle aurait été notablement modifiée, depuis le moment où elle a été régulièrement constituée? ou bien faut-il distinguer entre les éléments de la valeur de

(1) Cass., 21 mai 1851; 21 mai 1853 (Dall., 55. 1. 319).

(2) C. d'Ét., 27 août 1857; 15 mars 1858.

l'usine, ne tenir compte que des éléments qui existaient au moment où l'usine a reçu l'existence légale, et laisser de côté tous les accroissements de valeur résultant des modifications survenues postérieurement, sans autorisation.

Il est certain que l'usinier ne peut prétendre à une indemnité spéciale, à raison d'une force motrice supplémentaire par lui acquise, au moyen de changements faits sans autorisation au barrage de l'usine : les motifs d'intérêt public qui ont fait soumettre à la nécessité d'une autorisation préalable toute entreprise sur les cours d'eau, s'applique également à toute modification susceptible d'obtenir le système autorisé; de là il faut décider que l'autorisation est indispensable pour les modifications susceptibles d'influer sur le régime des eaux, et que, faute de s'être muni de cette autorisation, l'usinier n'est pas recevable à réclamer indemnité du chef de ces travaux.

Il n'en est pas de même, à l'égard des changements qui, sans augmenter le volume des eaux ou la hauteur de leur chute, ont eu pour but d'augmenter le travail utile de l'usine. Cependant, jusqu'en 1866, la jurisprudence établissait une démarcation entre les ouvrages extérieurs et les ouvrages intérieurs non autorisés. On tenait compte des modifications, des améliorations apportées dans le mécanisme intérieur de l'usine, et qui n'affectaient pas le régime hydraulique. Ainsi, de 1790 à 1838, date de la loi qui a ordonné l'ouverture du canal de la Marne au Rhin, une usine se composait de deux paires de meules à la française. En 1842, le propriétaire y a ajouté une paire de meules et une filature de 1,600 broches. Ces changements étaient dans le droit de l'u-

sinier, et on devait lui tenir compte des avantages qui en résultaient pour (1).

Mais en même temps on décidait qu'il en était autrement, lorsque l'usinier avait augmenté la valeur de son usine par des changements apportés sans autorisation aux ouvrages extérieurs. Et on ne distinguait pas entre la surélévation du barrage qui créait la chute d'eau, et la modification des roues mises en mouvement par cette chute. Tout changement des ouvrages extérieurs était irrégulier s'il n'était pas autorisé.

Cependant cette doctrine a été modifiée dans un sens plus favorable aux usiniers, grâce à une distinction fort rationnelle proposée par M. Aucoc. « Dans la force motrice que procurent à une usine les ouvrages extérieurs, il faut distinguer deux choses : la force motrice brute qui résulte du volume, de la hauteur, de la pente de la chute d'eau, et la force utile qui tient à l'état du mécanisme extérieur, roues, coursiers... La force utile peut augmenter par un perfectionnement du mécanisme extérieur, sans que la force brute ait été modifiée. » Ces modifications dans le mécanisme qui n'ont aucune action sur le cours des eaux, sur la force brute, mais qui augmentent la force utile, telles que les modifications résultant de l'élargissement des roues, ou de l'inclinaison de la vanne motrice, n'intéressant pas l'administration et peuvent être faites sans autorisation. Par conséquent, l'usinier a droit à une indemnité pour la totalité de la force motrice dont il dispose. Le Conseil d'État adhéra aux conclusions du rapporteur, et rendit trois arrêts conformes (28 juillet 1866 (Ulrich); 28 juillet (Schif-

(1) C. d'État, 21 nov. 1851; 29 nov. 1851.

ferstein); 6 décembre 1866 (Ramspacher). Cette dernière affaire présentait cette circonstance remarquable, que les modifications apportées par l'usinier à ses roues motrices et à son coursier, lui avaient permis de prendre dans la rivière moins d'eau qu'il n'en prenait avec ses anciens engins, tout en obtenant une force motrice plus considérable. D'où l'on voit combien il eût été injuste de ne pas tenir compte, dans l'évaluation de l'indemnité, d'un accroissement de valeur de l'usine qui avait pu s'opérer, en laissant, pour l'alimentation du cours d'eau, une quantité d'eau plus grande qu'auparavant.

Les trois arrêts ci-dessus forment le point de départ d'une nouvelle jurisprudence qui depuis n'a plus varié ⁽¹⁾. Cette jurisprudence repose à la fois sur un sentiment d'équité, et sur une véritable intelligence des intérêts de l'État. Pour l'État auquel profite toujours l'augmentation de la richesse publique, le bon emploi des forces motrices est un intérêt de premier ordre; et pour que les propriétaires ne reculent pas devant les dépenses nécessaires, pour tenir leurs usines au niveau de perfectionnements industriels, il faut qu'ils puissent compter sur une équitable réparation des dommages causés à ces établissements par les travaux publics.

Pour évaluer l'indemnité due pour la suppression de la force motrice, voici comment il faut procéder. On commence par fixer la valeur locative de la force motrice et du bâtiment, on en déduit l'impôt foncier, ainsi que les frais d'entretien du barrage et du bâtiment, on multiplie par 15 le revenu net ainsi obtenu, et le produit

(1) Conseil d'État, 9 janvier 1867; 9 mai 1867; 21 mars 1873; 30 mai 1881.

forme la première base de l'indemnité. Cela fait, il faut fixer le prix du mécanisme monté, l'ajouter au capital obtenu, déduire de cette somme la valeur du mécanisme démonté après la suppression de la force motrice, et enfin celle du bâtiment, si bien entendu, ce bâtiment reste aux propriétaires (1).

Y a-t-il lieu de tenir compte, en fixant l'indemnité, de la plus-value que les travaux peuvent procurer à l'immeuble? Une jurisprudence constante du Conseil d'État, décide que si les travaux apportent des avantages aux propriétaires, il est juste d'admettre la compensation, car le dommage est diminué d'autant; et cette jurisprudence s'appuie sur l'article 54 de la loi du 16 septembre 1807 et sur l'article 51 de la loi du 13 mai 1841. Toutefois, on doit apprécier la plus-value avec une très grande modération; et pour qu'on en tienne compte, il faut qu'elle soit *certaine, immédiate, directe*. Nous avons vu, en effet, que l'administration ne répare pas les dommages indirects; il ne serait pas juste de tenir compte des plus-values indirectes (2).

Chômages.

Le chômage est la suspension momentanée et forcée de travail dans les usines.

Lorsque le chômage est occasionné par l'exécution des travaux publics, il donne lieu au paiement d'une indem-

(1) Conseil d'État, 27 août 1857.

(2) Conseil d'État, 12 juillet 1864; 20 juin 1865; 3 août 1866; 30 avril 1868; 26 décembre 1868; 30 mai 1881.

nité en faveur de l'usinier. L'indemnité est alors fixée proportionnellement au dommage réel que la propriété a souffert (art. 1149 C. Civ.). Et c'est évidemment la recette approximative, le revenu probable dont l'usinier a été privé par le fait du chômage qui forme l'élément principal de l'indemnité. Comme il s'agit ici non d'une expropriation résultant d'une réduction perpétuelle de la force motrice d'une usine, mais d'un dommage momentané, c'est le Conseil de préfecture qui est compétent pour apprécier l'indemnité et en fixer le prix.

Les indemnités pour chômage causé aux usines ou moulins par l'établissement des chemins de fer, sont en général à la charge des compagnies adjudicataires (Loi du 19 juillet 1845, Cahier des charges A, art. 22).

Les canaux de navigation sont alimentés, au moyen de prises d'eau qui ont souvent pour effet, d'occasionner des chômages aux usines établies sur les rivières où elles s'effectuent. Généralement les indemnités sont payées par chômages, à mesure qu'ils se produisent. Mais les usiniers ne pourraient-ils pas réclamer la valeur en capital de la dépréciation apportée à leurs propriétés par l'établissement des prises d'eau? La question revient à savoir si leur droit consiste dans une créance unique et exigible dès le commencement des travaux, ou s'il consiste seulement dans des créances successives, naissant du fait même des chômages.

Tout d'abord le canal jouit d'une servitude active sur les cours d'eau affectés à son alimentation; et cette servitude a pour effet immédiat de dépouiller les usiniers du droit exclusif qu'ils avaient à l'usage des eaux, et de faire subir aux usinés une diminution de valeur, une dépréciation actuelle et permanente. En outre, l'article 48

de la loi du 16 septembre 1807 porte que, lorsqu'il sera question de supprimer les moulins, de réduire l'élévation des eaux, etc...., le prix d'estimation sera payé par l'État ou les concessionnaires, et même d'avance par ceux-ci. La loi ne distingue pas entre les diverses sortes de modifications : quelle que soit la nature du préjudice qu'elles doivent entraîner, le prix en est dû immédiatement. Or, l'état des usines se trouve modifié, dès qu'il y a eu exécution des ouvrages destinés à procurer au canal, suivant ses besoins, les eaux qui lui sont définitivement affectées.

D'où nous concluons que la créance des usiniers dérive de l'établissement de la servitude elle-même, et qu'ils sont par conséquent admissibles à se faire indemniser une fois pour toutes, au lieu de l'être par portions successives, à mesure que les chômages se produiraient. Il faudrait également en conclure, dans notre doctrine, que la compétence doit être attribuée aux tribunaux civils. Mais nous avons vu qu'une jurisprudence constante admettait la compétence administrative, même dans le cas d'un dommage permanent.

Une question, à peu près identique, s'est souvent soulevée, à l'occasion de travaux de barrages sur les cours d'eau, exécutés par des compagnies de chemins de fer pour amener, dans les réservoirs des gares, l'eau nécessaire à l'alimentation des machines locomotives. Dans notre doctrine, pas de doute, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de connaître de la demande en indemnité formée par l'usinier contre la compagnie, à raison des dommages résultant de cette prise d'eau, établie même avec l'autorisation de l'administration.

Dans la doctrine adoptée par la jurisprudence, la question est plus douteuse. Le Conseil d'État et le Tribunal

des conflits décident invariablement que ces travaux doivent être assimilés aux travaux publics, et que les demandes en indemnité de ce chef sont de la compétence de l'autorité administrative (1).

Au contraire, la Cour de cassation, considérant ces travaux comme l'œuvre de l'adjudicataire d'un service de transports, et non de l'entrepreneur de travaux publics, reconnaît la compétence des tribunaux civils (2).

Chômages occasionnés par le flottage.

Les rivières seulement flottables à bûches perdues, n'étant pas comprises dans le tableau de 1835, ne font pas partie du domaine public; dès lors le droit de pêche ne s'y exerce pas au profit de l'État, et l'administration ne peut imposer une redevance aux usines qu'elle autorise sur ses cours d'eau (3).

Ces rivières sont celles, dans lesquelles le bois dérive d'un lieu à un autre, par la seule impulsion du courant, pièces isolées, bois de chauffage lancés dans l'eau pour les faire descendre naturellement jusqu'aux ports navigables. Le régime administratif les assimile aux cours d'eau non navigables ni flottables,

Le flottage à bûches perdues ne peut être établi sur les cours d'eau où il n'existe pas actuellement, que par

(1) C. d'Ét., 15 déc. 1866; 26 déc. 1867; 16 janv. 1875; Trib. des conf., 13 mars 1875; 30 mars 1878; 16 juil. 1881 (Dall., 1883. 3. 6).

(2) Cass., 10 août 1864 (D. 64. 1. 482); 12 fév. 1873 (Sir., 73. 1. 210); Limoges, 1^{er} août 1874 (Sir., 75. 2. 54).

(3) C. d'État, 13 juin 1860 (Dupont); 13 juin 1860 (de Clermont-Tonnerre).

un décret rendu après enquête et avis du Conseil général du département, et inséré au *Bulletin des lois*.

Les marchands qui désirent livrer leurs bois au flottage sont astreints, par les règlements, à diverses formalités préalables, dont le but est de prévenir de leurs desseins les riverains et les usiniers, et de mettre ceux-ci en demeure de n'y point mettre obstacle.

Ils sont tenus d'indemniser les usiniers du chômage qu'occasionne le passage du flot. L'ordonnance de 1672, article 13, fixait le montant de l'indemnité due par chaque journée de chômage, à la somme invariable de 40 sols. Depuis lors, la loi du 28 juillet 1824, ayant égard à l'augmentation successive de toutes les valeurs, a porté l'indemnité du chômage à 4 francs par vingt-quatre heures. Cette élévation de prix, très fondée, est encore loin d'offrir, dans bien des cas, une compensation suffisante, surtout lorsque la suspension de travail pèse sur des usines de quelque importance.

Ni l'ordonnance de 1672, ni la loi de 1824 ne déterminent une somme pour les cas où le chômage durerait moins de vingt-quatre heures. Dans l'usage, quand la journée est entamée, on paie la somme entière.

En cas de difficultés, le règlement de l'indemnité doit être fait par les tribunaux civils : il ne s'agit là, en effet, que d'une contestation entre particuliers ⁽¹⁾.

La servitude légale de flottage à bûches perdues emporte l'obligation accessoire du passage. La faculté de flotter à bûches perdues s'applique aussi bien aux propriétés closes, qu'aux propriétés ouvertes. On ne peut s'en affranchir par la clôture, comme en matière de vaine

(1) Nadault de Buffon, I, p. 323.

pâturage. Il ne peut exister le moindre doute en présence de l'ordonnance de 1672, chapitre xvii, article 8, qui concède aux flotteurs le droit de se faire ouvrir les parcs, cours, etc.....



QUATRIÈME PARTIE.

Compétence et attributions respectives des pouvoirs administratif et judiciaire.

I. *Pouvoir réglementaire de l'administration.*

Objet de ce pouvoir. — L'administration a le pouvoir incontestable de réglementer l'usage de l'eau dans les cours d'eau non navigables ni flottables, et c'est l'étendue de ce pouvoir ou droit de police qui l'a fait confondre, dans l'esprit de plusieurs jurisconsultes, avec le droit de propriété même de ces cours d'eau.

Les attributions du pouvoir réglementaire de l'administration sur les petits cours d'eau ont été fixées par les lois des 22 décembre 1789, 12-20 août 1790, 6 octobre 1791, 14 floréal an XI, 16 septembre 1807, le décret du 25 mars 1852, et l'article 645 Code civil.

Elles se résument en deux buts ou objets principaux : 1° assurer le libre écoulement des eaux ; 2° assurer leur distribution, dans des vues d'intérêt général, d'après les principes de l'irrigation.

Le libre cours des eaux comporte principalement la

fixation de leur hauteur superficielle (loi 6 octobre 1791), et celle du fond de leur lit (loi 14 floréal an XI). Toutes les mesures destinées à pourvoir à la salubrité publique ou à prévenir des inondations, appartiennent essentiellement à l'administration, à titre de police.

L'administration ayant le droit de fixer la hauteur des eaux, a par cela même le pouvoir d'imposer aux riverains les travaux nécessaires pour empêcher qu'elles ne soient tenues au-dessus de la hauteur prescrite.

La loi des 12-20 août 1790 donne à l'administration le droit de diriger toutes les eaux vers un but d'utilité générale d'après les principes de l'irrigation. Elle peut donc faire des règlements destinés à établir, entre les riverains, le meilleur mode de jouissance et la plus équitable répartition des eaux. Les lois que nous avons rapportées plus haut ne parlent que de l'intérêt de l'irrigation, de l'intérêt agricole; elles ne parlent pas des intérêts industriels, encore peu développés à la fin du XVIII^e siècle, mais elles ne les excluent pas. L'expression *d'utilité générale*, dont se sert le législateur, embrasse tous les intérêts; et il est hors de doute que l'administration peut aussi réglementer les cours d'eau dans l'intérêt de l'industrie.

En vertu de ce pouvoir, l'administration peut fixer le mode et les époques de l'irrigation au point de vue de l'utilité générale, ordonner une répartition entre les riverains agriculteurs et les usiniers, fixer les jours et heures pendant lesquels ils pourront alternativement user des eaux.

L'administration peut également réglementer et limiter le droit d'irrigation et de prise d'eau des riverains supérieurs sur les affluents des rivières navigables. Un sem-

blable règlement porté dans l'intérêt général de la navigation, ne peut que limiter la faculté d'irrigation, sans dégénérer en interdit jeté sur les affluents et les ruisseaux.

Limites du pouvoir réglementaire administratif. — Les actes de l'administration ne doivent être respectés que s'ils sont conformes aux lois, tant sur le rapport du fond que sous le rapport de la forme.

Validité quant à la forme. — Le pouvoir réglementaire n'appartient qu'à l'administration active, non aux Conseils de préfecture. Cette initiative est une attribution essentiellement préfectorale. Les sous-préfets et les maires ne pourraient intervenir que par délégation spéciale. Cela est logique, car la police des eaux, surtout dans son application aux usines, touche généralement à des intérêts graves, et la loi a voulu, avec raison, que des mesures importantes ne pussent être prises à ce sujet que par une autorité ayant à sa disposition tous les moyens d'être éclairée efficacement.

Le préfet seul est donc compétent; mais sa compétence est restreinte aux autorisations d'usines ou de prises d'eau isolées.

En effet, lorsqu'il s'agit de statuer sur l'ensemble d'un cours d'eau, par voie de réglementation générale et permanente, la compétence est attribuée à l'autorité administrative la plus élevée. Dans ce cas, il est statué par un décret rendu en Conseil d'État.

L'autorité préfectorale peut déléguer ses pouvoirs au maire. Il est même admis que le règlement d'eau, sous forme d'approbation par le préfet, d'une délibération de l'autorité municipale, constitue un règlement adminis-

tratif valable en la forme et complètement obligatoire (1). Il est également admis qu'un règlement particulier, arrêté par tous les intéressés, revêt un caractère public, et doit être assimilé à un règlement administratif, s'il est approuvé par l'autorité administrative compétente (2).

L'autorité communale est compétente, au point de vue de la sûreté ou de la salubrité publique, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures immédiates, urgentes, par exemple dans le cas d'une menace d'inondation, ou d'un danger quelconque de passage sur le cours d'eau.

Enfin le pouvoir administratif compétent ne peut intervenir dans la forme que par les deux voies que nous tracerons plus loin, par voie de concession pour les barrages, les usines, ou par voie de règlement général.

Légalité quant au fond. — L'action de police de pouvoir administratif doit être restreinte à des motifs d'intérêt général. C'est là un principe hors de contestation, et qui est inscrit dans la loi de 1790. L'intervention administrative serait donc déplacée dans les contestations où s'agitent seulement des intérêts privés, qui peuvent trouver auprès des tribunaux toutes les garanties judiciaires. Aussi l'administration doit-elle s'abstenir de statuer dans les affaires qui, bien que lui étant déferées, manquent de ce caractère essentiel d'utilité générale. Il faut faire une distinction entre les intérêts généraux et les intérêts privés, ou les intérêts individuels. Cette distinction, souvent fort délicate, a été ainsi formulée par la Cour de cassation : « Les règlements des cours d'eau, appartiennent exclusivement à l'autorité administrative,

(1) Cass., 29 novembre 1859 (Dalloz, 1859. 1. 489).

(2) Cass., 2 mars 1868 (Dalloz, 68. 1. 153) et la note.

toutes les fois que les conséquences de ces règlements peuvent atteindre soit un intérêt général, soit l'intérêt des tiers non parties au litige, soit un acte émané de l'autorité administrative pour ordonner ou défendre certains travaux; mais il appartient à l'autorité judiciaire de statuer sur les contestations entre particuliers, lorsqu'elles n'engagent que la question de savoir quels droits respectifs sur un cours d'eau résultent, pour eux seuls, des conventions qu'ils ont réciproquement consenties (1). »

Un autre arrêt formule ainsi la distinction à faire : « L'autorité administrative règle les cours d'eau dans l'intérêt collectif des riverains, et l'autorité judiciaire statue sur les contestations qui s'élèvent entre particuliers, à l'occasion du mode de jouissance des cours d'eau et des entreprises qui peuvent y être faites (2). »

Nadault de Buffon, voulant préciser davantage les droits respectifs de l'administration et des tribunaux, a cru pouvoir résumer les attributions administratives dans ces trois points principaux : 1° les barrages; 2° les dérivations; 3° les obstacles de toute nature capables de gêner le libre cours des eaux (question de curage, etc.). Dans toutes les contestations élevées au sujet des eaux qui ne portent pas sur une de ces trois causes de dommages, l'administration est incompétente, et les parties doivent se pourvoir devant les tribunaux (3).

Mais dans beaucoup d'affaires concernant les cours d'eau, les intérêts publics et privés se trouvent dans un état de connexité qui rend leur appréciation très difficile

(1) Cass., 2 juill. 1839 (Dalloz, v° *Eaux*, n° 563-10°.

(2) Cass., 1856 (Dall., 1856. 1. 359).

(3) Nadault le Buffon, II, p. 89.

et très délicate. Et comme l'administration est envahissante de sa nature, le Conseil d'État a eu plus d'une fois à intervenir pour réprimer les excès de pouvoir des préfets. Un exemple, entre mille, montrera jusqu'où pourrait aller l'ingérence administrative sans la jurisprudence protectrice du Conseil d'État. Elle irait jusqu'à la violation du domicile, jusqu'à l'oubli de cette règle de nos vieilles coutumes : *Pauvre homme dans sa maison roi est.*

Le duc de Conegliano possède la terre de Baillon qui appartenait jadis à M^{me} de Pompadour. Des eaux amenées dans le parc y forment des cascades, des jets d'eau qui constituent un des agréments de la propriété. Des difficultés s'élevèrent entre le propriétaire et les riverains inférieurs sur l'usage des eaux : le tribunal eut le tort de se déclarer incompétent. Le préfet de Seine-et-Oise rendit alors un arrêté dont voici les dispositions : il enjoignait au duc de démolir une partie du mur de clôture de son parc, et de le reconstruire de façon à rendre constamment visibles et accessibles, soit pour le garde-rivière, soit même pour les riverains intéressés, divers ouvrages dont le préfet crut devoir ordonner l'établissement, dans l'intérieur du domaine. L'arrêté réglementait même la forme et le jeu du jet d'eau dans ses plus minutieux détails. Le Conseil d'État annula l'arrêté du préfet, non-seulement pour ces dispositions insolites, mais pour avoir méconnu les limites du pouvoir administratif, lequel ne peut régler que des intérêts collectifs ou publics dans un but d'utilité générale (1).

En outre, si les droits de police conférés à l'adminis-

(1) C. d'Ét., 19 juin 1863 (Dall., 65. 3. 19); 15 juin 1864; 15 avril 1866; 14 août 1871; 28 fév. 1873 (Dall., 74. 3. 47).

tration sont limitatifs du droit de propriété sur les cours d'eau non navigables ni flottables, ils ne peuvent être abusifs ou spoliateurs; ainsi les règlements ne peuvent supprimer le droit d'usage ou de propriété en lui-même des cours d'eau, ni prescrire des travaux sur leurs rives externes. Ce ne serait plus le règlement du droit, ce serait sa négation ou sa destruction absolue. L'arrêté administratif serait alors plus puissant que la loi.

Il faut distinguer avec soin l'amoindrissement légal du droit, et la spoliation ou l'expropriation de ce droit. L'État peut, il est vrai exproprier; mais il n'agit plus en vertu d'un droit de police, il agit en vertu d'un droit de puissance publique plus élevé qui l'oblige à certaines formalités, et au paiement d'une indemnité préalable. Ainsi l'arrêté administratif, qui, sans observer les formalités de l'expropriation, créerait un canal de dérivation, et par ce moyen donnerait au cours d'eau une direction nouvelle, dans des vues d'amélioration, serait illégal et comme tel entaché d'excès de pouvoir, et annulable par la voie contentieuse devant le Conseil d'État. En effet, cet acte n'est plus un acte de police : c'est un acte de spoliation des anciens riverains.

De même nous considérerons comme illégal l'arrêté qui, dans l'intérêt d'une promenade publique voisine, ordonnerait aux dépens des riverains l'élargissement ou le redressement du lit d'un cours d'eau non navigable ni flottable, sans l'observation des formalités de l'expropriation (1).

Au contraire, nous tiendrons pour valable, comme droit légal de police, comme amoindrissement légal du

(1) *Contra* Serrigny. *Q. dr. adm.*, p. 498. *Revue critique*, V, p. 569.

droit, l'abaissement fait ou ordonné par l'administration de la hauteur de la digue ou du déversoir au point de vue de l'intérêt général. L'usinier peut être froissé dans ses intérêts, mais il n'est pas dépouillé de son droit.

Modalité du pouvoir réglementaire. — Le pouvoir réglementaire de l'administration intervient de deux manières différentes dans les petits cours d'eau, soit par la voie d'un règlement individuel ou particulier, d'une simple autorisation appelée improprement concession, soit par la voie d'un règlement général affectant l'universalité des individus et du territoire, frappant les personnes et les choses d'une manière collective.

Règlements particuliers. — Ces règlements individuels s'appliquent principalement aux barrages, digues ou déversoirs construits dans le lit des petits cours d'eau, en vue des besoins de l'irrigation, de la pêche, des moulins et des usines.

En l'absence de tout règlement général, ces travaux sont soumis à l'autorisation préalable de l'administration. Nous avons vu que ce droit de l'administration pouvait être contesté en principe, que plusieurs auteurs le regardent comme une usurpation consacrée par la tradition, mais qu'on pourrait cependant trouver une base de ce droit dans les lois de 1790 et 1791 et dans le décret du 25 mars 1852. Mais ce qu'il faut bien remarquer ici, c'est qu'en matière de cours d'eau non navigables, l'administration ne concède rien; elle ne fait que régler, dans un intérêt général de police, des droits préexistants, et sans toucher au fond de ces droits. Elle permet ou refuse; mais au fond elle n'ordonne rien. Les travaux qu'elle permet ne sont pas l'œuvre de l'administration; ils ne sont pas des travaux publics, mais de simples

travaux privés, autorisés *salvo jure alieno*, sous la seule responsabilité des riverains. De ces principes incontestables découlent plusieurs conséquences.

1° Le Gouvernement ne peut recevoir de redevance, pour semblable autorisation.

2° La permission n'est révocable sans indemnité, que lorsque cette révocation est commandée par l'intérêt de la sûreté ou de la salubrité publique, par des exigences de police : *juri publico non præscribitur*. Mais l'administration ne peut imposer aux permissionnaires la condition de ne réclamer aucune indemnité en cas de privation de jouissance totale ou partielle par suite de l'exécution des travaux publics (Voir plus haut).

3° L'autorisation seule donne aux travaux une existence légale vis-à-vis de l'administration. Nous avons vu que les travaux, quoique non autorisés, sont opposables aux tiers, et pouvaient, de la part des riverains, fonder une possession et une prescription utile et non précaire. Nous avons également vu que les riverains lésés par la concession pouvaient agir devant les tribunaux pour faire maintenir leurs droits, et que les tribunaux saisis pouvaient non-seulement accorder des dommages-intérêts au riverain, mais même ordonner la suppression des travaux autorisés. Cependant, sur ce dernier point, la jurisprudence a varié, et pendant longtemps, elle n'a admis la compétence des tribunaux qu'au point de vue des dommages-intérêts seulement. Mais depuis plusieurs années elle est fixée, et avec raison, dans le sens indiqué plus haut. Le Tribunal des conflits a rendu, le 26 décembre 1874, une décision très remarquable et qui contient un exposé complet de la question. Le sieur Turcat, propriétaire du moulin de Bouilledous,

sur le ruisseau des Cadenaux, non navigable ni flottable, était en possession, avant 1789, d'une pente d'eau de 1^m,12 dans le canal de fuite de son usine. Par arrêté préfectoral du 29 juillet 1856, le sieur Laugier avait obtenu l'autorisation de construire dans ledit ruisseau certains travaux de barrage qu'un second arrêté préfectoral du 22 août 1865 lui permit d'exhausser de 0^m,30. Le sieur Turcat demanda en justice au tribunal de Marseille la démolition des travaux postérieurs à la première concession et 13,800 francs de dommages-intérêts. Laugier se prévalut de l'incompétence du tribunal qui retint néanmoins l'affaire par jugement du 14 mai 1874. Appel fut interjeté le 15 mai, et déclinatoire du préfet des Bouches-du-Rhône fut adressé à la Cour d'Aix, demandant le renvoi de l'affaire devant l'autorité administrative. Cette prétention fut repoussée et l'appel de Laugier mis à néant.

Le préfet éleva le conflit d'attribution. Le Tribunal des conflits déclara qu'il serait sursis à toute poursuite judiciaire, et, retenant l'affaire, annula, le 26 décembre 1874, l'arrêté préfectoral de conflit :

« Considérant, est-il dit, que, d'après les articles 644 et 645 Code civil et la loi du 23 mai 1838, il appartient à l'autorité judiciaire de connaître des contestations qui s'élèvent entre les propriétaires riverains de cours d'eau non navigables ni flottables, au sujet des droits qu'ils peuvent exercer, et des entreprises qu'ils peuvent commettre sur ces cours d'eau ;

« Que si, par les deux arrêtés des 29 juillet 1856, et 22 août 1865, pris en vertu des pouvoirs de police, que les lois de 1790 et 1791 ont attribués à l'administration, le préfet des Bouches-du-Rhône a permis l'établissement

du barrage construit par le sieur Laugier dans le lit du cours d'eau, et réglé les conditions sous lesquelles la permission lui était accordée, ces arrêts rendus sur la demande et dans l'intérêt privé du sieur Laugier, ne sauraient préjudicier aux droits des tiers, qui d'ailleurs ont été expressément réservés, et ne font pas obstacle à ce que le sieur Turcat porte la demande devant l'autorité judiciaire qui est seule compétente pour en connaître. » (Cass., 26 décembre 1874; 19 janvier 1875; Dalloz, 75. 1. 377) ⁽¹⁾.

Règlements généraux. Leurs effets. — Les règlements que nous venons d'étudier, sont de simples arrêts individuels, pris à la demande et dans l'intérêt privé d'un riverain, sous forme d'autorisation. Au contraire, les règlements généraux sont délibérés d'office et par voie d'initiative. Seuls ils sont de véritables règlements empreints du cachet prédominant de l'intérêt public, et donnent aux travaux qu'ils prescrivent ou ordonnent le caractère de travaux publics, comme étant l'œuvre directe ou indirecte du gouvernement. Ces règlements sont généraux; frappent les personnes et les choses d'une manière collective et générale.

Les règles que l'administration décrète doivent toujours se proposer un but d'utilité générale, soit, par exemple, de prévenir ou de faire cesser dans la contrée des causes d'insalubrité ou d'inondation, soit d'établir entre les riverains, le meilleur mode de répartition des eaux; et c'est à elle qu'il appartient d'apprécier les circonstances dans lesquelles elle doit intervenir.

(1) Voy. Req., 23 juillet 1879; 5 janvier 1880; Dall., 80. 1. 127. 445; 6 juillet 1880; Sir., 80. 1. 340.

Agissant au nom de l'intérêt général, l'administration n'est pas tenue d'observer les règlements particuliers et locaux dont l'article 645 recommande l'observation aux tribunaux.

Les prescriptions de ces règlements généraux se substituent de plein droit à tous modes de jouissance antérieurs, soit en vertu de titres, soit en vertu d'anciennes possessions, soit en vertu de jugements; elles s'établissent, malgré toute convention ou toute prescription contraire des riverains, qu'elles froissent ou non leurs intérêts privés. C'est en ce sens que l'on dit que les règlements généraux deviennent et restent, tant qu'ils sont maintenus, la loi des riverains ⁽¹⁾.

Toutefois, les droits acquis antérieurement continuent à produire entre les parties, ceux de leurs effets qui seraient compatibles avec les dispositions des règlements administratifs.

Enfin, les règlements administratifs ayant le caractère de lois, sont obligatoires pour tous les riverains sans distinction; ils peuvent être modifiés, changés, ou abrogés, suivant les temps et les localités, au gré des exigences variables de l'intérêt du public ⁽²⁾.

Des notions qui précèdent découle une différence entre les règlements et les simples autorisations, au sujet de la compétence. En matière de règlements généraux, le pouvoir administratif est seul compétent et est indépendant dans sa sphère pour déterminer les ouvrages à exécuter : il ne s'agit plus alors que d'intérêts et d'ouvrages publics.

(1) Cass., 3 août 1863 (Dall., 64. 1. 437); 6 décemb. 1867 (Dall., 72. 1. 160); 16 fév. 1870 (D., 72. 1. 384).

(2) Demolombe, XI, 199.

Les tribunaux deviennent alors incompétents, pour statuer à l'encontre de ces travaux, soit par voie de dommages-intérêts, soit par voie de suppression. Les tribunaux doivent respecter et appliquer les règlements, puisqu'ils tiennent lieu de lois.

Par conséquent si un règlement administratif détermine les travaux qui doivent être exécutés par les riverains, les tribunaux saisis d'une demande en réglementation entre quelques-uns de ces riverains, sont impuissants pour prescrire des travaux contraires à ceux déjà ordonnés par l'autorité administrative. A plus forte raison, ne peuvent-ils prononcer la modification, destruction ou suppression des travaux faits par l'administration ou par les riverains sur les prescriptions de l'administration ⁽¹⁾.

En outre, si les juges ne peuvent prescrire ou autoriser aucun acte de nature à porter atteinte à l'œuvre légale de l'administration, ils ne peuvent non plus être saisis d'une action en dommages-intérêts, formulée par un riverain, qui prétendrait être lésé dans ses intérêts, à l'occasion du règlement administratif : le règlement doit être appliqué comme lois avec toutes ses conséquences. Mais les tribunaux seraient compétents pour prononcer une condamnation à des dommages-intérêts, basée sur la violation du fond des droits des riverains qui ne portent aucune atteinte aux dispositions de l'acte administratif ⁽²⁾.

On voit, par ce qui précède, que les tribunaux ne reprennent toute leur plénitude de juridiction sans entrave, telle que nous allons l'exposer, que dans le cas

(1) Cass., 2 mars 1869 (Dall., 71. 4. 280); 22 fév. 1870 (Dall., 70. 4. 335).

(2) Cass., 13 fév. 1872 (Dal., 72. 4. 23).

où il n'existe aucun règlement général administratif. En ce dernier cas, tout débat quelconque entre les riverains sur l'usage des eaux et leur répartition rentre dans les attributions exclusives des tribunaux civils, conformément aux articles 644, 645 Code civil.

II. *Pouvoir réglementaire des tribunaux.*

Relativement aux cours d'eau non navigables, les décisions judiciaires, et les arrêtés administratifs peuvent avoir le même objet; mais ils ne peuvent jamais avoir la même cause. Ils peuvent avoir également pour objet la fixation de la hauteur des eaux, le curage, la répartition du volume des eaux. Mais les tribunaux ne connaissent de pareilles matières, qu'en tant qu'elles se rattachent à l'intérêt privé des riverains ou des particuliers, dans le but unique de les empêcher de se nuire réciproquement; tandis que le pouvoir administratif en connaîtra, au point de vue exclusif de l'ordre public et de l'intérêt général.

Les tribunaux ne peuvent prononcer, dans ces sortes d'affaires, comme dans toutes les autres, que lorsqu'ils sont saisis par les intéressés, sinon ils empièteraient sur le pouvoir administratif. Mais ils peuvent faire le règlement dont parle l'article 645, et ce sans demande spéciale, dès qu'une contestation sur l'usage des eaux lui est soumise, et on en conclut qu'une demande en règlement d'eau peut être formée pour la première fois en appel.

Bien entendu, ce règlement judiciaire n'a d'effet qu'entre les parties : car, il est défendu aux juges de prononcer, par voie de dispositions générales et réglementaires, sur les causes qui leur sont soumises (art. 5,

C. civil). Ajoutons qu'une telle décision n'est pas irrévocable et ne fait pas obstacle à une réglementation ultérieure, si des besoins nouveaux, nés d'une situation nouvelle, la rendent nécessaire. En outre, les tribunaux ne doivent admettre, à l'usage des eaux, que ceux qui sont appelés à en jouir par la situation naturelle de leurs héritages.

L'article 645 donne aux tribunaux un pouvoir modérateur : la loi s'en remet à leur sagesse, dit le tribun Albisson, parce qu'elle n'a pas pu pourvoir à tous les cas, vu la variété des circonstances ⁽¹⁾.

Ils doivent d'abord maintenir les conventions faites entre les parties, relativement à l'usage des eaux. C'est l'application du principe fondamental contenu dans l'article 1134 : les conventions tiennent lieu de lois entre les parties. Ainsi, si des riverains avaient acquis par titre l'usage exclusif des eaux, les tribunaux ne pourraient pas déroger aux droits résultant de ces titres. Il en serait de même, s'il était intervenu entre les riverains une convention, par laquelle ils auraient eux-mêmes réglé l'usage des eaux : ce serait encore un titre dont le juge devrait assurer l'exécution.

La prescription équivaut à un titre, et les tribunaux doivent également faire respecter les droits qui résulteraient soit de la prescription, soit de la destination du père de famille. Quand il n'y a ni titre ni prescription, les tribunaux ont un pouvoir de conciliation et la loi ne leur trace d'autre règle, sinon qu'ils doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété. De cette formule vague, la Cour de cassation conclut que les juges ont un pouvoir discrétionnaire qui les autorise

(1) Rapport d'Albisson, n° 8 (Loché, IV, p. 136).

a prononcer *ex bono et æquo*. Il est vrai, comme dit l'arrêt, que, pour l'exercice d'un tel pouvoir, les tribunaux ont à tenir compte de circonstances de fait multiples et diverses, dont l'appréciation ne peut, en général, heurter aux principes du droit, ni par conséquent, donner ouverture à cassation ⁽¹⁾.

Les magistrats peuvent, en outre, en vertu de l'article 645, faire le règlement, non-seulement du cours d'eau lui-même, mais aussi des affluents qui l'alimentent.

Limites du pouvoir réglementaire des tribunaux. — L'article 645, qui accorde ce pouvoir, ajoute cette restriction que, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

Que faut-il entendre par ces règlements particuliers? Laurent croit qu'ils se confondent avec les règlements locaux. Nous pensons, avec le plus grand nombre des auteurs, que la loi a entendu parler ici des arrangements conclus entre les riverains, des titres qui constatent le droit de chacun à l'usage des eaux.

Les tribunaux doivent maintenir les règlements locaux, c'est-à-dire les règlements que l'autorité administrative aurait faits, soit pour toute l'étendue du cours d'eau, soit pour une certaine partie de son cours.

On est aussi d'accord pour reconnaître que le mot « règlements, » dans notre article 645, est générique, et qu'il comprend même les coutumes, les anciens usages non écrits. « On serait souvent en peine, après vingt-cinq ans de révolution, de retrouver aujourd'hui ces règlements, que

(1) Cass., 8 janv. 1868 (Dall., 68. 1. 116). V. en outre plus haut . 2^e partie, *De l'irrigat.*, limites de l'article 645.

des intérêts particuliers ont pu faire disparaître dans des temps d'anarchie. Mais là où un usage ancien peut être prouvé, on ne doute pas que cette preuve ne fût admise, même par témoins.... (1). »

Compétence des tribunaux civils. — En résumé, les contestations entre particuliers, auxquelles peut donner lieu l'usage des eaux dans un intérêt privé, rentrent dans la compétence des tribunaux civils. Ainsi ils statueront :

1° Sur les droits de propriété, de servitude, ou d'usage, sur les contestations relatives à la propriété d'un cours d'eau et des atterrissements qui s'y forment;

2° Sur toutes contestations relatives aux intérêts privés touchant la jouissance des eaux;

3° Ils appliqueront et interpréteront, entre particuliers, les règlements anciens ou nouveaux, les titres et usages locaux, les conventions privées.

4° Ils prononceront sur toutes demandes en indemnité ou dommages-intérêts dirigées par un particulier contre un autre particulier, à l'occasion de travaux, autorisés ou non autorisés.

III. *Compétence des juges de paix.*

Compétence en matière de servitudes. — La loi du 10 juin 1854, sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage soumet au juge de paix, en premier ressort, les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice de la servitude de passage, la

(1) Dubreuil, *Législ. des eaux*, I, p. 178.

fixation du parcours des eaux, l'exécution des travaux, les indemnités et les frais d'entretien (art. 5).

Cette heureuse innovation a été étendue par la loi du 21 juin 1865. Aux termes de l'article 19 de cette loi, lorsqu'il y a lieu à l'établissement de servitudes, conformément aux lois, au profit d'associations syndicales, les contestations seront jugées par le juge de paix conformément à l'article 5 de la loi du 10 juin 1854.

Le projet de loi sur le régime des eaux, s'inspire également de cet article 5. Il attribue la compétence aux juges de paix pour ce qui concerne l'établissement et l'exercice des servitudes d'écoulement sur les héritages inférieurs, alors même qu'elles seraient réclamées par des particuliers et non par des associations syndicales.

Il importe donc de bien préciser la portée de cet article 5. Il doit être entendu, en ce sens, que le juge de paix est compétent, non-seulement pour fixer l'indemnité due à raison de la servitude, mais encore pour apprécier si les conditions légales de la servitude existent ou non. La même solution doit être donnée sur l'article 19 de la loi de 1865. Le juge de paix est compétent non-seulement pour fixer l'indemnité due à raison des servitudes réclamées par des associations syndicales, mais aussi pour vérifier si l'établissement de ces servitudes est légal. Mais là s'arrête la compétence du juge de paix ⁽¹⁾.

Actions possessoires. — Enfin les juges de paix ont compétence pour statuer sur toutes les actions possessoires qui se rattachent aux petits cours d'eau. Cette compétence est établie par l'article 6-1^o de la loi du 25 mars

(1) Poitiers, 14 février 1876 (Sirey, 76. 2. 215); Cass., 26 mai 1880 (J. P., 1880, p. 725).

1838 : « *Les juges de paix connaissent en outre, à charge d'appel, des entreprises commises dans l'année, sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés, ou au mouvement des usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative, dans les cas déterminés par les lois et règlements; des dénonciations de nouvel œuvre, plaintes, actions en réintégrande et autres actions possessoires fondées sur des faits également commis dans l'année.* »

Les riverains sont recevables à exercer les actions possessoires, lorsqu'ils sont troublés dans leur possession. Mais il faut, bien entendu, que leur possession réunisse les conditions exigées par l'article 23 Code de Procédure civile.

Toute action possessoire sera recevable, quand le riverain aura prouvé sa possession annale du cours d'eau ou de l'eau qui baigne ou traverse sa propriété, ainsi que le trouble porté à cette possession par l'abus de tout autre riverain, ou l'entreprise illégale faite sur le cours d'eau par tout individu quelconque non riverain ⁽¹⁾.

Réciproquement, comme la possession de tout droit commun de propriété peut être énervée par une possession contraire au droit commun, au moyen d'une servitude contraire établie par le fait de l'homme, et susceptible également de possession juridique, toute action possessoire sera recevable contre le riverain, au profit de tout autre riverain ou d'un tiers quelconque qui justifie de la possession annale et contraire du cours d'eau, ou de la quasi-possession d'une servitude contraire, ainsi que du trouble qui y est apporté.

(1) Cass., 2 avril 1872 (Dalloz, 72. 1. 363); 4 janvier 1875 (Dalloz, 75. 1. 11); 7 novembre 1876 (Dalloz, 77. 1. 225).

Pour exercer la complainte, faut-il avoir fait un acte spécial de jouissance? ou bien la possession résulte-t-elle de cela seul que l'eau coule et arrive à la propriété, en suivant son cours naturel? La doctrine et la jurisprudence ont généralement embrassé l'affirmative (1).

La faculté ou le droit de l'article 644 est un droit imprescriptible que l'on possède toujours quoiqu'on n'en use pas, et dont le non-usage ne peut nuire au propriétaire à qui elle appartient. Mais ce principe n'est vrai, qu'autant qu'aucun acte de l'homme n'a été fait contradictoirement à ces facultés, et à titre de servitude. Les droits ou facultés que la loi attache à la propriété peuvent s'éteindre par la possession contraire d'un tiers. Cette protection contraire d'un tiers, dit Troplong, est quelque chose de réel qui purge le droit d'autrui, et exclut alors toute idée de faculté; le droit n'est plus une simple faculté, il se traduit en une action (2).

Par voie de conséquence, nous admettons que la simple jouissance même exclusive des eaux courantes de la part de quelques riverains, quelque longue qu'elle soit, ne fait pas cesser, au préjudice des autres riverains, les droits d'usage de ces eaux et de leur réglementation conférés par les articles 644, 645 Code civil; qu'elle ne peut donner lieu à aucune action possessoire ou pétitoire, tant qu'il n'y a pas eu contradiction ou intervention; qu'ainsi le propriétaire inférieur qui aura eu le simple usage annal n'aura pas l'action possessoire contre le propriétaire supérieur qui n'en a pas usé dans l'année, et a laissé couler l'eau tout entière sur le fonds inférieur.

(1) Carou : *Possession*, nos 353, 356; Dalloz, *Act. poss.*, 392; Cass., 19 novembre 1866 (Dall., 67. 1. 179).

(2) Troplong, *Prescr.*, nos 121 et 347.

Cette solution s'explique, tout d'abord par l'idée de possession virtuelle des eaux courantes, ensuite par le motif que le possesseur supérieur n'a pas perdu la possession du cours d'eau, qu'il la conserve *animo tantum*, avec la faculté d'en user, aussi longtemps qu'aucun acte de l'homme ne la lui aura fait perdre, au bout d'un an de possession contraire. D'un autre côté, le propriétaire inférieur n'a fait qu'user du droit commun, et non pas d'une servitude : il n'a pu, comme dit Carou, causer ainsi du trouble, au préjudice de la possession de l'autre propriétaire dont le fonds est plus élevé.

« Il est difficile, dit Curasson, de signaler tous les cas d'entreprises sur les eaux qui peuvent être réprimées au possessoire. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'action est admissible toutes les fois que dans l'année, les propriétaires supérieurs pratiquent des ouvrages ou se livrent à des faits dont le résultat serait, non pas seulement de jouir de la faculté de l'article 644, mais d'user des eaux au delà de cette faculté, et au préjudice réel ou imminent des propriétaires inférieurs. Nous parlons ici d'ouvrages ou de faits pratiqués dans l'année : car, s'ils existaient depuis plus d'un an, ils tendraient à opérer la prescription, et celui qui les aurait souffert n'aurait que l'action pétitoire ⁽¹⁾.

En conséquence, la plainte sera ouverte d'une part, pour protéger le droit commun de la propriété, de l'autre, pour protéger toute possession annale d'un droit exclusif. La possession abusive perd son caractère de trouble quand elle a un an d'exercice.

L'action possessoire ne sera donc pas recevable entre

(1) Curasson. Comp. 2, article 6, sect. 3, n° 63.

copropriétaires riverains, qui ne font qu'user de l'eau qui baigne ou traverse leur propriété, alors même que l'un d'entre eux s'en servirait plus ou moins modérément, mais conformément au droit commun : l'action possessoire ne sera pas recevable contre eux, lorsqu'il s'agira de l'usage même de la totalité des eaux pratiqué par le propriétaire inférieur à l'exclusion du supérieur qui n'en a pas usé : le motif est que le propriétaire inférieur n'a joui que de la possession conforme au droit commun. Cet usage n'a donc pu entraîner de possession contraire à ce droit, ni de trouble préjudiciable à la possession du propriétaire supérieur.

La doctrine que nous venons d'exposer est enseignée par la plupart des auteurs, et elle a pour elle la jurisprudence constante de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (1).

Contrairement à cette doctrine, la Chambre civile de la Cour de cassation décide invariablement que le riverain inférieur, qui a eu l'usage exclusif des eaux depuis plus d'un an, peut intenter l'action possessoire, par cela seul que ce dernier voudrait en jouir pour la première fois, dans les limites du droit conféré par la loi; que c'est seulement au juge du pétitoire qu'il appartient d'apprécier, s'il y a jouissance abusive des riverains, qu'il n'est donc nullement nécessaire que le trouble soit abusif et dommageable (2).

Ces arrêts nous semblent aller trop loin, lorsqu'ils convertissent l'exercice d'une faculté de droit commun, en

(1) Cass. Req., 17 février 1858. J. P., 58. 445.

(2) Aubry et Rau, II, p. 133, note 52; 157, note 39; Cass., 24 avril 1850; 2 août 1853; 20 mai 1860; 24 août 1870 (Dall., 71. 1. 44).

modification de possession et en trouble possessoire. Le riverain qui use pour la première fois d'une faculté de droit commun, ne modifie pas, par cela même sa possession ou sa copossession de l'eau courante : il ne fait en cela qu'user de son droit de propriété. En outre, l'idée de trouble implique celle d'un acte illégal ou abusif; elle ne peut naître de la simple circonstance que le riverain use d'une faculté qu'il possédait virtuellement avec son droit de propriété, alors même qu'il n'en aurait pas fait usage auparavant.

Mais si nous supposons que le riverain demandeur, a fait, pendant un an, usage de l'eau de nature à opérer la prescription, par exemple : si le propriétaire inférieur a fait une prise d'eau, manifestée par des ouvrages extérieurs et apparents pratiqués sur le fonds supérieur, alors le riverain demandeur est recevable à exercer l'action possessoire contre le riverain défendeur, lors même que celui-ci n'aurait usé du cours d'eau que dans les limites de l'article 644, et que l'entreprise qui lui serait reprochée ne constituerait pas en soi un abus de jouissance : mais c'est qu'alors la faculté légale de l'article 644 se trouve atteinte et intervertie par la possession contraire qu'il a laissé acquérir à l'autre riverain : et dès que cette possession annale s'est exercée, comme nous le supposons, par des entreprises qui ont restreint, à son préjudice, l'exercice du droit de l'article 644, il ne peut plus dire que c'était de sa part un acte de pure faculté d'user ou ne pas user de cette concession : il était, au contraire, mis en demeure d'user, ou du moins de faire cesser l'obstacle, par lequel l'autre riverain portait atteinte à cette faculté ⁽¹⁾.

(1) Cass., 17 février 1858, 12 mai 1862, 19 juin 1866; Demolombe, XI, p. 221 et suiv.

Dès que la possession annale, et le trouble y porté par des innovations ou des entreprises, sont prouvés, le but de l'action possessoire est rempli. Le droit du juge de paix, dit Dalloz, est de maintenir la possession des parties telle qu'elle était avant le trouble, mais il ne lui appartient pas de modifier cet état de choses.

Ainsi, il y aurait cumul du possessoire et du petitoire, si le juge de paix rejetait la plainte d'un riverain inférieur, se plaignant d'un détournement d'eau opéré à son préjudice par un riverain supérieur, en se fondant uniquement sur le droit, par exemple, sur ce que le demandeur ne peut se dire propriétaire exclusif du ruisseau, sur ce que son droit est limité par celui du défendeur, sur ce que le détournement était nécessaire au fonctionnement de l'usine supérieure, sur ce qu'il laissait un contingent d'eau suffisant aux besoins des riverains inférieurs.

D'un autre côté, le juge de paix peut consulter le fond du droit et les règlements afin d'éclairer la possession; il peut les consulter, dans le but de rechercher l'existence ou l'absence du trouble possessoire.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. L'acheteur évincé a le droit d'exiger du vendeur, par l'action *ex empto*, non pas la restitution du prix, mais seulement la réparation exacte du tort que l'éviction lui cause : ainsi, si la chose a diminué de valeur au jour de l'éviction, l'acheteur obtiendra une indemnité inférieure au prix qu'il a déboursé.

II. La clause de non garantie (*pactum de non præstandâ evictione*) dispense le vendeur de la restitution du prix.

III. Le créancier gagiste ou hypothécaire qui vend *jure pignoris* la chose affectée à la sûreté de sa créance répond des évictions qui proviendraient d'un défaut de droit dans sa personne.

IV. Quand un créancier vend la chose engagée, et que l'acheteur est évincé, celui-ci n'a de recours contre le débiteur que dans la limite du prix de vente.

V. L'éviction d'une partie *homogène* fait encourir la *stipulatio duplæ*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. Il n'y a pas à distinguer, dans les rivières non navigables ni flottables, les rivières des simples ruisseaux.

II. Le riverain a, sur les cours d'eau non navigables

ni flottables, un véritable droit de propriété, soumis, conformément à l'article 544 Code civil, aux règles de police que comportent la nature même des eaux et les droits des autres riverains.

III. Le propriétaire riverain, qui réunit à sa propriété le fonds voisin, a le droit de dériver de la rivière les eaux nécessaires à l'irrigation de ce fonds.

IV. Lorsqu'une propriété riveraine est divisée en plusieurs lots, les propriétaires des fonds qui ont cessé d'être riverains peuvent user des eaux pour l'irrigation, si l'acte d'aliénation ou de partage renferme une clause expresse sur ce point, ou s'il est possible d'invoquer la destination du père de famille.

V. Les ouvrages ou travaux exigés par l'article 642 pour opérer la prescription doivent être pratiqués sur le fonds supérieur.

VI. La nullité prononcée par l'article 1599, en cas de vente de la chose d'autrui, est une nullité absolue.

VII. La vente consentie par l'héritier apparent est nulle.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Une indemnité est due par l'administration, au cas de suppression d'ouvrages autorisés, ordonnée pour tout autre motif qu'un intérêt de salubrité ou de sécurité publique; la clause de suppression sans indemnité, insérée dans l'acte d'autorisation, doit être réputée non écrite.

II. La suppression de la force motrice d'une usine, par suite de l'exécution des travaux publics, constitue,

non pas un simple dommage, mais une véritable expropriation.

III. Lorsqu'une usine perd sa force motrice par suite de l'exécution des travaux publics, l'indemnité payable à l'usinier doit comprendre la plus-value qu'il avait procurée à son usine, en y introduisant des aménagements destinés à utiliser la force motrice attribuée légalement.

IV. L'existence d'un établissement industriel autorisé peut donner lieu à des dommages-intérêts au profit des voisins auxquels elle nuit; les tribunaux saisis peuvent même ordonner la suppression des travaux autorisés.

DROIT COUTUMIER.

I. La communauté provient surtout de la pratique générale entre serfs et roturiers des communautés taissables.

II. On doit rechercher l'origine de la maxime : *le partage a un effet déclaratif*, dans les tendances de la jurisprudence à réagir contre les profits seigneuriaux.

DROIT INDUSTRIEL.

I. La couleur d'un produit ne peut pas constituer une marque de fabrique.

II. L'introduction d'objets contrefaits est illicite, alors même que ces objets auraient été mis en entrepôt de douanes réel ou fictif, ou qu'ils circuleraient sous le régime du transit (art. 41, loi 5 mai 1844).

DROIT CRIMINEL.

I. Le fait matériel de la contrefaçon d'un objet breveté suffit pour continuer le délit, et l'auteur de la contrefaçon ne peut trouver d'excuse dans son ignorance ou dans sa bonne foi.

II. Les articles 44-43 de la loi du 5 mai 1844 ne sont pas limitatifs, en ce sens que, s'ils assimilent certains faits déterminés à la contrefaçon et en font des délits spéciaux, ils n'excluent pas l'application de l'article 60 du Code pénal, qui détermine les cas de complicité dans le droit commun.

DROIT INTERNATIONAL.

I. La prescription libératoire des actions qui dérivent d'une obligation doit être régie par la loi même qui gouverne l'obligation.

II. Lorsqu'un Français, accusé d'un crime et réfugié en pays étranger, a été extradé sur la demande du Gouvernement français, il ne peut, quand il est traduit devant les tribunaux français, élever des exceptions fondées soit sur l'illégalité de l'acte qui l'a livré, soit sur les termes restrictifs ou conditionnels de cet acte.

Vu par le Président de la thèse,

A. BOISTEL.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DE LA GARANTIE DE L'ÉVICTION EN MATIÈRE DE VENTE.

	Pages.
INTRODUCTION.....	3
CHAPITRE PREMIER. — Nature de la garantie.....	7
CHAPITRE II. — Quelles sont les conditions générales du recours en garantie? Quels en sont les sujets actifs et passifs.	23
Section I. — Conditions générales du recours en garantie....	23
Section II. — Sujets actifs et sujets passifs de l'obligation de garantie.....	38
CHAPITRE III. — Par quelles actions le recours en garantie est exercé. — Quels sont les cas spéciaux d'application et les effets respectifs de chacune d'elles.....	47
Section I. — Par quelles actions le recours en garantie est-il exercé?	47
Section II. — Cas spéciaux d'application des actions <i>ex stipu-</i> <i>latu</i> et <i>ex empto</i>	54
§ 1. De l'action <i>ex stipulatu</i>	54
§ 2. De l'action <i>ex empto</i>	58
Section III. — Effets respectifs des actions <i>ex empto</i> et <i>ex sti-</i> <i>pulatu</i>	71
§ 1. De l'action <i>ex empto</i>	71
§ 2. De l'action <i>ex stipulatu</i>	86
CHAPITRE IV. — Quelles sont les causes de cessation de l'obli- gation de garantie?	94

DROIT FRANÇAIS.

LÉGISLATION DES COURS D'EAU NON NAVIGABLES NI FLOT- TABLES CONSIDÉRÉE PLUS SPÉCIALEMENT DANS SES RAP- PORTS AVEC L'AGRICULTURE ET L'INDUSTRIE.

	Pages.
INTRODUCTION.....	101

PREMIÈRE PARTIE.

Distinctions entre les cours d'eau. Propriété des cours d'eau non navigables ni flottables.

I. Détermination des cours d'eau non navigables ni flot- tables.....	107
II. De la propriété des cours d'eau non navigables ni flot- tables.....	114
Possibilité d'appropriation des cours d'eau.....	128
Propriété des riverains d'après le Code civil.....	131
Examen de quelques objections.....	135
Caractères de la propriété des riverains.....	138
Conséquences du droit de propriété des riverains.....	139
De la pêche et autres avantages accessoires.....	142

DEUXIÈME PARTIE.

De l'irrigation.

I. Code civil.....	146
Fonds bordés par une eau courante.....	147
Fonds traversés par une eau courante.....	153
Limites du droit d'usage de l'eau courante.....	154
I. Limite générale de l'article 645 C. Civ.....	154
II. Limites du titre et de la prescription contraire..	157
II. Lois postérieures au Code civil.....	161
Servitudes relatives à l'irrigation.....	162

	Pages.
Servitude d'aqueduc.....	163
Servitude d'écoulement des eaux d'irrigation.....	168
Servitude d'appui.....	170
Dispositions communes aux trois servitudes.....	174
Servitude d'écoulement en cas d'inondation et de drainage.....	176
Associations syndicales d'irrigation.....	178
Syndicats avant la loi du 21 juin 1865.....	180
Loi du 21 juin 1865.....	184

TROISIÈME PARTIE.

Des moulins et usines sur les cours d'eau non navigables ni flottables.

Intervention de l'autorité administrative.....	194
Formes de la demande en autorisation.....	197
Des oppositions.....	203
Recours contre l'ordonnance de refus.....	205
Effets de l'autorisation administrative par rapport aux tiers...	206
Conditions à imposer aux usines.....	211
Exploitation des usines.....	214
Modifications, rétablissement des usines.....	218
Révocations, modifications de l'autorisation.....	219
Domages et chômages occasionnés par les travaux d'utilité publique.....	220
Chômages.....	234
Chômages occasionnés par le flottage.....	237

QUATRIÈME PARTIE.

Compétence et attributions respectives des pouvoirs administratif et judiciaire.

I. Pouvoir réglementaire de l'administration.....	241
II. Pouvoir réglementaire des tribunaux.....	254
III. Compétence des juges de paix.....	257

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
